Die Auflage.

Eine dogmatische Studie aus dem bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Facultät

der

K. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur

Erlangung der rechtswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Hans Kliebert
Rechtspraktikant

aus

Würzburg.

AUGSB. UNIVERSITÄTS BIBL.

Würzburg.
Anton Boegler'sche Buchdruckerei
1907.

Referent: Prof. Dr. E. Mayer.

Dem Andenken meines Vaters

J. U. Dr. Karl Kliebert.

Inhaltsverzeichnis.

I. Einleitung. Seite

§ 1. Wortbegriff 1
§ 2. Terminologie 3

II. Wesen der Auflage.

§ 3. Vorkommen der Auflage 5
§ 4. Begriff der unentgeltlichen Zuwendung . . 7
§ 5. Die Auflage als Nebengeschäft 19
§ 6. Rechte des Dritten? 26

III. Konstruktion der Auflage.

§ 7. Überblick der bestehenden Ansichten . . . 30
§ 8. Die Konstruktion im B. G. B. 36
§ 9. Fortsetzung 41
§ 10. Die Auflage ein einseitiges Rechtsgeschäft 45
§ 11. Fortsetzung 54
§ 12. Lex rei suae dicta? 58
§ 13. Gesetzliche Auflagen 61

IV. Verwandte Rechtsbegriffe.

§ 14. Auflage und Bedingung 64
§ 15. Auflage und Gegenleistung 72
§ 16. Auflage und Rat oder Empfehlung . . . 74
§ 17. Auflage und Vermächtnis, Auflage und Vertrag zu Gunsten Dritter 76
§ 18. Auflage und Bestimmung 78
§ 19. Auflage und Auftrag 79
§ 20. Auflage und Stiftung 82

V. Die Auflageverpflichtung. Seite

§ 21. Die Auflage als Rechtsgeschäft 91
§ 22. Ihr Inhalt – eine Leistung 94
§ 23. Gläubiger und Schuldner 97

VI. Umfang der Rechte aus der Auflage.

§ 24. Im früheren Recht 105
§ 25. Im B. G. B. 107

VII. Die Haftung des Schuldners.

§ 27. 114

VIII. Schluss.

§ 28. 119

Litteraturverzeichnis.

v. Amira, Nordgermanisches Obligationenrecht I. II. Leipzig 1882/95.

v. Amira, Grundriss des germanischen Rechts, Strassburg 1901.

Arndts, Pandekten, München 1868.

Baron, Pandekten, Leipzig 1872.

Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1886/89.

Böcking, Pandekten 5. Aufl. Bonn 1861.

Böcking, Abriss der Institutionen, Bonn 1860.

Birnz, Pandekten, Erlangen 1873/92.

Brunner, Landschenkungen, Sitzungsbericht der Berliner Akademie 1885, S. 1173 ff.

Carpzov, opus responsorum iuris electoralium, Leipzig 1662.

Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Jena 1899/00. 4. Auflage 1903/04.

Crome, System des Bürgerlichen Rechts, I Tübingen-Leipzig 1900.

Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte, Freiburg 1897.

Dernburg, Pandekten, Berlin 1884/87.

Dernburg, Preussisches Privatrecht, Halle 1879/82.

Dernburg, Bürgerliches Recht, Halle 1902/05.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Berlin 1899.

Erxleben, condictiones sine causa Bd. II, Göttingen 1853.

Förster-Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts, Berlin 1887/88.

Freisen, Vorbehalt von dinglichen Rechten, Münchener Dissertation 1881.

Gierke, Entwurf eines bürgerlich. Gesetzbuchs und deutsches Recht, Leipzig 1899.

Glück, Erläuterungen zu den Pandekten, Erlangen 1790 ff.

Grimm, J., Kleinere Schriften Bd. II, Berlin 1864.

Haymann, die Schenkung unter einer Auflage, Berlin 1905.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Holtzendorfs Enzyklopädie der Rechtswissenschaft 6. Aufl. (neu bearbeitet von Kohler) Leipzig 1904.

Heise, Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts, Heidelberg 1807.

Hugo, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts 11. Aufl., Berlin.

Kohler, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II, Berlin 1906.

Kohler und Ring, Archiv für bürgerliches Recht.

Kreittmayr, Anmerkungen zum bayr. Landrecht, München 1827.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B., Berlin 1898/01.

Lammfromm, Teilung, Darlehen, Auflage u. Umsatzvertrag, Leipzig 1897.
Lauterbach, Thesaurus iuris civilis, Lemgo 1713.
Lauterbach, Collegium theoretico-practicum, Tübingen 1744.
Leyser, Meditationes ad pandectas 1744.
Mevius, Jurisdictio summi tribunalis regii, Frankfurt, Stralsund 1691.
Pernice, Labeo Bd. I und III. Halle 1873, 1892.
Regelsberger, Pandekten I, Leipzig 1893.
Salkowski, Institutionen, Leipzig 1897.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840.
Scheurl, Zur Lehre von den Nebenbestimmungen bei Rechtsgeschäften (Beiträge zur Bearbeitung des römisch. Rechts II 2), Erlangen 1871.
Schilling, Institutionen, Leipzig 1834 46.
Schultze, Treuhänder im geltenden Recht, Jena 1901.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1897.
Strohal, Das deutsche Erbrecht, Berlin 1903/04.
Weiske, Rechtslexikon Bd. VII, Leipzig 1847.
Windscheid (Kipp), Pandekten, Frankfurt 1901.
Windscheid, Lehre von der Voraussetzung, Düsseldorf 1850.

Kommentare von Achilles, Planck und Staudinger.
Motive zum 1. Entwurf (Guttentag Berlin 1896).
Protokolle der II. Kommission (Guttentag Berlin 1899).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, zitiert R. G.
Seufferts Archiv.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. (Rspr.)
Entscheidungen des bayer. Obersten Landesgerichts in Civilsachen.
Blätter für Rechtsanwendung.
Juristische Wochenschrift.
Das Recht.
Zeitschrift für französisches Civilrecht und deutsches bürgerliches Recht Bd. 37.

An Dissertationen über denselben Gegenstand lagen dem Verfasser vor:
Beeg, Die Auflage, Greifswald 1903.
Feigel, Die Auflage, Erlangen 1898.
Gottbehüt, Die erbrechtliche Auflage, Jena 1903.
Heuser, Rechte des Schenkers u. s. w., Rostock 1902.
Koeppen, Negorium mixtum cum donatione, Berlin 1901.
Pantenburg, Rechte des Schenkers u. s. w., Rostock 1901.
Saucke, Vollziehung der Auflage, Rostock 1903.
Schmitz, Rechtslage des Schenkers u. s. w., Erlangen 1902.

I. Einleitung.

§ 1.

Der Begriff der „Auflage“ und des „Auferlegens“ ist dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens keineswegs fremd; man spricht von Auflagen, die einer Person gemacht werden, man spricht davon, dass man einer Person irgend etwas auferlegt und bezeichnet damit Verpflichtungen irgend welcher – nicht nur rechtlicher – Natur, die dieser Person von einer anderen gesetzt werden.

In diesem Sinn, der dem Wortsinn – „Auflegen“ d. i. eine Last auf etwas gründen, dieses Etwas, das sich dabei vollständig untätig verhalten kann und verhält, mit einer Last beschweren – ganz genau entspricht, ist der Begriff der Auflage auch ins Recht übergegangen; hier findet er sich zunächst im öffentlichen Recht. So sprach man von jeher von dem „Auferlegen“ von Steuern; ja man bezeichnet gelegentlich die Abgaben der Untertanen an den Staat selbst als „Auflagen“[1]); man kennt im Polizeirecht Auflagen der Behörde an einen Privaten zum Zwecke der Durchführung staatlicher Massnahmen aus Rücksicht auf das Gemeinwohl (sanitäts-, baupolizeiliche Auflagen)[2]); die C. P. O. kennt,

[1]) Bayer. Verf. Tit. VII § 3. Vergl. auch Grimm, Wörterbuch: Auflage = tributum, impositum.

[2]) Bay. P. St. G. B. Art. 16, 21 Abs. 4 Gew. O. § 128. Vgl. auch Grimm Wörterbuch Art. „Auflage“ und die dort angeführte Stelle von Luther, wo die „canones“ und Satzungen als „Auflage“ bezeichnet sind.

um diese ganz willkürliche Reihe von Beispielen kurz zu schliessen, den vom Richter „auferlegten“ richterlichen Eid (§ 292) im Gegensatz zu dem „zugeschobenen“ bezw. „zurückgeschobenen“ Parteieid.

In allen diesen Fällen handelt es sich um das Verhältnis des übergeordneten Organs der Staatsgewalt zum untergebenen Individuum.

Das Privatrecht kennt ein derartiges Über- und Unterordnungsverhältnis der in Betracht kommenden Personen nicht. Darum kennt hier das Gesetz auch den Begriff der „Auflage“ und des „Auferlegens“ im Allgemeinen nicht; es befindet sich auch hier in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch; allerdings spricht man im Leben manchmal von einer Auflage, die z. B. dem Mieter gemacht wird, wenn im Mietvertrag ein Teil der Strassenreinigung als seine Vertragspflicht statuiert ist; dann deutet der Gebrauch des Ausdrucks darauf hin, dass eine Verpflichtung in Frage stehe, die gegenüber dem ganz allgemeinen und regelmässigen Inhalt des Vertrags ein Mehr, eine aussergewöhnliche Belastung darstellt, so dass auch hier der reine Wortsinn der „Auflage“ zur Geltung gebracht ist.[1])

So bei entgeltlichen wirtschaftlichen Verkehrsgeschäften. Gang und gebe ist der Ausdruck in der

[1]) Nebenbestimmungen, die in diesem Sinn als Auflagen bezeichnet werden können, sind die in l 21 §§ 4, 5 D 19, 1 für den Käufer beim Verkauf, und die in l 58 § 2 D 19, 2 für den Mieter bezw. Pächter beim Pachtvertrag statuierten Verpflichtungen, die man im gemeinen Recht vielfach (vgl. z. B. Baron Pandekten § 60) als modus bezeichnete oder wenigstens dem modus gleichstellte. Denselben Gedanken spricht wohl Förster im preuss. Privatrecht I § 38 aus, wenn er sagt, „von einem Endzweck werde bei zweiseitigen Geschäften nur dann die Rede sein können, wenn der andere Teil die Erfüllung des Endzweckes nicht als Gegenleistung versprochen habe“, d. h. also wenn die Erfüllung des Endzwecks über die Gegenleistung aus dem Vertrag hinausgeht. — Vgl. auch Dernburg Bgl. Recht I § 158 II.

Sprache des Lebens bei unentgeltlichen Geschäften, wenn seitens des aktiv Beteiligten, des Gebers, dem passiv Beteiligten, dem Bedachten, eine Verpflichtung gesetzt wird. Nur hier, und auch hier nur in gewisser Beschränkung ist der Ausdruck „Auflage" technischer Begriff unseres Rechts geworden, wie sich später zeigen soll.

§ 2.

Terminologie.

Das B. G. B. kennt den Begriff der „Auflage" nur im Zusammenhang mit zwei Rechtsinstituten: bei der Schenkung in den §§ 525 bis 527, und als Verfügung von Todeswegen in den §§ 1940 sowie 2192 bis 2196 und 2279, 2281.

Nach dem Zeugnis der Motive[1]), aber auch schon nach der Perpetuation der Terminologie des gemeinen Rechts im ausgehenden 19. Jahrhundert ist die Auflage an die Stelle des römisch-rechtlichen und gemeinrechtlichen Modus getreten.

„Modus" ist ursprünglich in den Quellen kein technischer Begriff gewesen. Abgesehen davon, dass das Wort in seiner ursprünglichen Bedeutung „Mass" auch als juristisch bedeutsamer Begriff verwertet wird[2]), hat es an vielen Stellen ganz allgemein die Bedeutung einer Nebenabrede, oder sonst einer rechtsgeschäftlichen Nebenerklärung.[3]) Von älteren Quellenzeugnissen sind

---

[1]) I, 248.

[2]) tit. C 11, 54: De modo multarum, quae ab iudicibus infliguntur; vgl. auch die actio de modo agri (Pernice, Labeo III 1 S. 115 f).

[3]) l 93, D 28, 5: modus = Motiv einer Erbeinsetzung; l 6 D 19, 5: modus = Abmachung beim Kauf; l 44 pr. § 3 D 44, 7: modus zur Bezeichnung der Wahlobligation. l 41 D 18, 1 u. a. m.

es eigentlich nur zwei, nämlich l 17 § 4 D. 35, 1 (Gaius) und l 3 § 6 D. 37, 5 (Ulpianus) bei denen von einem technischen Gebrauch des Wortes modus im Sinn der späteren „Auflage" gesprochen werden kann; besonders die erstere, „merkwürdig lehrhaft klingende"[1]) Stelle kann fast wie eine Art Legaldefinition betrachtet werden. Als technische Bezeichnung lässt sich „modus" sicher erst in der Justinianischen Kompilation, insbesondere in tit. C 6, 45: „de his quae sub modo legata vel fideicommissa relinquuntur", und C 8, 54: „de donationibus, quae sub modo vel condicione vel ex certo tempore conficiuntur", sowie in tit. D 35, 1: „de condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur" nachweisen.

Aus diesen Stellen leitete die gemeinrechtliche Doktrin die einheitliche Bezeichnung „modus" her, die sie zunächst auch für die deutsch geschriebenen Abhandlungen beibehielt.[2]) Daneben kam die Bezeichnung „Zweck, Zweckbestimmung, Endzweck"[3]) auf. Das österreichische Bürgerliche Gesetzbuch wählt für die letztwillige Auflage den Ausdruck „Auftrag".[4]) „Auflage" aber kam erst später als Bezeichnung in Betracht; soviel ich sehe, stammt sie ursprünglich von *Schilling*[5]), der als Inhalt des modus feststellt: „den Zweck, wozu der Gegenstand des Geschäfts verwendet werden soll,

[1]) Pernice Labeo III S. 17.

[2]) z. B. Kreittmayr, Anmerkungen III Kap. III § 11 und IV Kap. I § 10, Glück, Pandekten IV § 33, zuletzt noch Savigny System III § 128, der an dem Ausdruck sogar ausdrücklich festhält und die Bezeichnungen „Zweck, Zweckbestimmung, Verwendung" zurückweist.

[3]) Vgl. öster. B. G. § 901; A. L. R. I 4 § 152—162, I 5 § 225; I 12 § 61, § 508—513; I 16 § 200; Code civil Art. 905, die oben zit. Stelle von Savigny, System.

[4]) § 709.

[5]) Institutionen II Bd. 278.

oder sonst eine Auflage und Beschränkung für den, welcher ein Recht erwerben soll". Von da ging das Wort, das bei *Schilling* noch nicht technisch gebraucht ist, auf *Heimbach*[1]) über und seit *Böcking*[2]), der es noch ausdrücklich gegen die anderen Bezeichnungen verteidigen zu müssen glaubt, ist, wenigstens soweit gemeines Recht in Betracht kommt „Auflage" für modus gebräuchlich, so dass der Ausspruch der Motive[3]) in dieser einen formellen Frage jedenfalls berechtigt ist.

II. Wesen der Auflage.

§ 3.

Grundlegend für die Entscheidung der Frage nach dem Wesen des modus und seiner juristischen Konstruktion ist die Frage, wo von einem modus im technischen Sinn des Privatrechts die Rede ist, und die zweite Frage nach der systematischen Einordnung des Rechtsinstituts. Dass diese erstere Frage überhaupt zur Streitfrage werden konnte, ist eine Folge der oben angedeuteten schwankenden und nicht präzisen Ausdrucksweise der Quellen, die durch Wahl ganz der gleichen Worte und Formeln bei entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften[4]) Zweifeln über den technischen Begriff des modus Raum geben.

In der älteren gemeinrechtlichen Litteratur herrscht ziemliche Einstimmigkeit darüber, dass der modus bei

[1]) in Weiskes Rechtslexikon Bd. VII Art. modus.

[2]) insbes. Abriss § 112; Pandekten I § 115.

[3]) I S. 248.

[4]) Vgl. z. B. l 41 D 18, 1; erit mihi fundus emptus ita ut eum liberes und l 80 D 35, 1; ita datum est, ut monumentum faciat: ausserdem: l 6 D. 19, 5; l 21 §§ 6 D 19, 1; l 58 § 2 D 19, 2; l 72 D 46, 1.

entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften vorkomme.[1]) Zuerst scheint *Höpfner*[2]) den modus auf wohltätige Rechtsgeschäfte beschränkt zu haben. *Hugo*[3]) folgte; *Savigny* und die ganze neuere Litteratur[4]) hat allgemein den modus auf die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, die Liberalitäten, und zwar speziell auf die unentgeltlichen „Zuwendungen" beschränkt.

Was die systematische Stellung anlangt, so folgte schon die ältere Litteratur[5]) dem Titel von D 35, 1 und brachte condicio, dies, causa, modus und demonstratio unter einen einheitlichen Gesichtspunkt; so ist es völlig

[1]) Lauterbach. Thesaurus S. 141 zu D 2, 14; idem Collegium I No. 88 zu D 2, 14. Kreittmayr Codex Max. Bav. IV, 1 § 10; id. Anmerkungen IV S. 32. Seuff. Archiv 28, 105. (mit Berufung insbes. auf l 24 § 1 D 42, 5.)

[2]) Kommentar über Institutionen § 741, zitiert bei Glück IV § 33.

[3]) Rechtsgeschichte 11. Aufl. S. 539.

[4]) Savigny System III § 128; Unger II § 84. Scheurl Nebenbestimmungen S. 247; Dernburg Preuss. Priv. Recht I § 93; Brinz IV 229; Bekker II § 118 u. a. m. Eine Scheidung zwischen den Zweckbestimmungen bei entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften nach ihrer Wirkung macht schon das öster. Gesetzbuch § 901; aber es beschränkt die Zweckbestimmung nicht ausdrücklich auf unentgeltliche Geschäfte. Alle diejenigen, welche den modus bei entgeltlichen Geschäften leugnen, lassen die modus-artigen rechtsgeschäftlichen Bestimmungen zum Inhalt der Gegenleistung werden. Dies sah auch der bayr. Entwurf Art. 68 vor. Ganz entschieden auf den Standpunkt, dass der Endzweck auf unentgeltliche Geschäfte zu beschränken sei, stellte sich das A. L. R., das nach I, 11 § 1053 vorschreibt, dass im Zweifel Schenkungen unter einem Endzweck, der nicht blos zu Gunsten des Beschenkten angeordet ist, als lästige Verträge anzusehen seien. Dazu Dernburg Preuss. Priv. Recht II § 165, 3 Förster-Eccius II § 122c. Scheinbar von einem ähnlichen Standpunkt aus, dass Liberalität und modus sich wenigstens analog wie Leistung und Gegenleistung verhalten, gibt schon früher Leyser bei einer Auflageschenkung in Meditationes vol: V und VI 1 1236 specimen 435 eine exceptio non impleti modi, obwohl er die donatio sub modo eine vera donatio et liberalitas nennt.

[5]) Lauterbach, Kreittmayr a. a. O.

konsequent, wenn seit *Heises* Grundriss[1]) und seit der Schaffung der „allgemeinen Lehren" der modus wieder mit condicio und dies in diesen allgemeinen Teil aufgenommen wurde und dort, sei es unter dem Begriff der Selbstbeschränkung des Willens[2]) oder späterhin der „Nebenbestimmung" bzw. „Nebenerklärung"[3]) gebracht wurde, während *Windscheid* ihn in seiner Kategorie der Voraussetzung aufgehen liess.[4])

§ 4.

Das B. G. B. hat in beiden Fragen nicht bedingungslos die Wege der gemeinrechtlichen Doktrin begangen. Es hat vor allem die Auflage nur bei Schenkungen und als letztwillige Verfügung aufgenommen. Es hat sich damit entschieden auf den Standpunkt gestellt, dass nur bei unentgeltlichen Zuwendungen die Auflage möglich ist.

„Zuwendung" ist die juristische Bezeichnung eines rein tatsächlichen Vorgangs, der „Vermögensverschiebung"[5]), das ist der mit Wissen und Wollen des Verfügungsberechtigten oder desjenigen, der im konkreten Fall mit Wirkung gegen den Verfügungsberechtigten handelt, erfolgende Übergang eines Gegenstands aus dem Vermögen des einen in das Vermögen des anderen Rechtssubjekts, wenn der Gegenstand in

---

[1]) S. 112.

[2]) So Savigny, Unger a. a. O.; Förster-Eccius I § 38 Baron, Pandekten § 60.

[3]) So u. A. Böcking, Pand. I § 115; Brinz, Pand. IV 229; Bekker, Pand. II § 118; Salkowski, Institutionen S. 80.

[4]) Pand. I § 97: Lehre von der Voraussetzung. S. 3.

[5]) Prot. II 6; ähnlich Bekker, Pand. II S. 145. Cosack, Bürgerl. Recht I § 52 III 2 will den Begriff weiter fassen und auch die Ueberlassung zum Gebrauch als Zuwendung erklären.

diesem letzteren Vermögen dauernd[1]) verbleiben soll. Unter welcher Form diese Vermögensverschiebung vor sich geht, ist gleichgültig; gemeinhin aber erfolgt sie durch Rechtsgeschäft[2]) sie kann aber eventuell auch ohne Rechtsgeschäft, z. B. durch satio, plantatio, inaedificatio des gemeinen Rechts oder durch Dereliktion an einem ganz bestimmten Punkt, wo der andere sicher okkupieren wird und in Voraussicht dessen, erfolgen. Nur muss ein anderer, dem zugewendet wird, wenn auch nicht individualisiert, aber doch als zukünftiges Subjekt über den Gegenstand dem Zuwendenden vorschweben; das erfordert der Begriff der „Zuwendung".

Unentgeltlich kann nur ein Rechtsgeschäft vermögensrechtlichen Charakters sein, denn die Unentgeltlichkeit ist eine die wirtschaftliche Wirkung des Geschäfts betreffende Eigenschaft; darum muss wenigstens für eine der Parteien ein vermögensrechtliches Interesse in Frage stehen.

Man begnügte sich früher, wenn man den Begriff der Entgeltlichkeit (Onerosität) und Unentgeltlichkeit (Liberalität) eines Geschäfts feststellen wollte, mit der Konstatierung, dass ein entgeltliches Geschäft vorliege, wenn eine Gegenleistung[3]) gemacht werde, und dass ein unentgeltliches Geschäft sich durch den Mangel einer Gegenleistung auszeichne. Erst als mit Einführung der K. O. und des Anfechtungsgesetzes der Begriff von weittragender Bedeutung wurde, traten die Streitfragen auf, die sich aus der Klassifizierung z. B. des Verkaufs

[1]) Darum ist z. B. die Leihe keine Zuwendung, ebenso ist das Darlehen nicht Zuwendung des Kapitals, sondern nur eine Zuwendung der Nutzungen des Kapitals.

[2]) In diesem Sinn ist „Zuwendung" in den §§ 1939, 1940 B. G. B. verwendet. Cosack, Bürgerl. Recht I § 52 III 2 kennt überhaupt nur eine Zuwendung durch Rechtsgeschäft.

[3]) Vgl. R. O. H. G. in Seuff. Archiv 28, 190.

um notorisch zu geringen Preis ergaben[1]), und man kam auf das Begriffsmerkmal der Gleichwertigkeit der Parteileistungen nach der Ansicht der Parteien (Theorie der subjektiven Aequivalenz), die auch jetzt noch wohl die herrschende Meinung bildet, nachdem schon bei *Savigny*[2]) die Unzulänglichkeit einer Differenzierung zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit, gestützt auf den objektiven Wert der beiderseitigen Leistungen hervorgetreten war. Eine kleine Modifikation der herrschenden Meinung[3]) findet sich bei *Lammfromm*[4]), der eine subjektive Höherbewertung der Gegenleistung gegenüber der eigenen Leistung fordert.

Dieser wirtschaftliche Gesichtspunkt wird sich bei der Feststellung des Begriffs der Entgeltlichkeit und der Unentgeltlichkeit auch nicht ausmerzen lassen; denn die wirtschaftliche Betrachtungsweise der Rechtsgeschäfte hat überhaupt erst zu der Unterscheidung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Rechtsgeschäften geführt.

Doch es muss noch ein weiteres Moment hinzutreten, um diese Aequivalenz juristisch greifbar hervortreten zu lassen, und das ist die im Willen jeder Partei erforderliche Abhängigkeit der eigenen Leistung von der Gegenleistung, so zwar, dass die eigene Leistung nur mit Rücksicht auf die schon gemachte oder noch zu machende Gegenleistung des Empfängers der eigenen Willenserklärung bezw. Leistung erfolgt.[5])

---

[1]) Die Frage wurde gelegentlich schon früher erörtert. Vgl. Seuff. Archiv 26, 129.

[2]) System IV S. 103—104.

[3]) Vgl. neuestens Jäger, K. O. § 32 Anm. 3. Staudinger, Kommentar I S. 302; dass eine wirklich befriedigende Lösung seinerzeit noch nicht gefunden war, erkennen die Prot. III, 84 ausdrücklich an.

[4]) Teilung, Darlehen etc. etc. § 14 ff.

[5]) Diesen Gedanken vertritt, auf die Entscheidung des R. G. in

Gleichgültig ist dabei, in welcher juristischen Form diese Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung in Erscheinung tritt, ob im gegenseitigen Vertrag der §§ 323ff. B. G. B. durch das Erfordernis der Leistung Zug um Zug, oder ob im Innominatkontrakt durch die Möglichkeit der Rückforderung wegen Nichteintritts des bezweckten Erfolgs (§ 815).[1])

Nur ein modifizierter Fall der Abhängigkeit von Leistung und Gegenleistung ist die Leistung auf Grund einer rechtlichen Verpflichtung.[2]) Hier erfolgt zwar keine Gegenleistung, aber hier erfolgt die Leistung nur im Hinblick auf das Aufhören der Befugnis des anderen, die Leistung zu fordern, im Hinblick also auf die zu Gunsten des Leistenden eintretende Veränderung in der Rechtssphäre des anderen und das steht dem Leisten nur in Rücksicht auf eine Gegenleistung gleich.

Somit ergibt sich als Begriffsmerkmal[3]) des entgeltlichen Rechtsgeschäfts das, dass die Leistung entweder auf Grund einer bei Abschluss des Rechtsgeschäfts schon bestehenden rechtlichen Verpflichtung erfolgt, oder dass die Leistung nur im Hinblick auf eine schon gemachte oder noch zu machende Gegenleistung gemacht wird, und dass – und hier wird das wirtschaftliche Element von Bedeutung – die Leistung der Gegenpartei an die Stelle der durch die eigene

---

Seuff. Arch. 48, 303 gestützt, besonders Haymann, Schenkung unter einer Auflage S. 18ff. Vgl. auch R. G. 62, 273ff. Ähnlich Cosack, Bürgerl. Recht I § 139 I 1b. der im Entgelt eine von der Leistung rechtlich abhängige Gegenleistung erblickt.

[1]) So auch R. G. in J. W. 03, 292.

[2]) Bekker, Pand. II S. 179/80; Jäger, K. O. Anm. 3 zu § 32; R. G. 12, 383: „Freiwilligkeit und Unentgeltlichkeit".

[3]) Ähnlich Stammler, Schuldverhältnisse S. 81.

Leistung entstehenden Lücke im eigenen Interessenkreis treten[1]) soll.[2])

Den direkten Gegensatz bilden die unentgeltlichen Rechtsgeschäfte, das sind die, bei denen die Leistung auf keiner Rechtspflicht beruht und bei denen sie nicht im Hinblick auf eine Gegenleistung erfolgt, die an Stelle der eigenen Leistung im eigenen Interessenkreis treten soll.

Hiernach sind entgeltliche Rechtsgeschäfte alle gegenseitigen Verträge, auch die, bei denen Leistungen in Frage stehen, die objektiv nicht gegeneinander abzuschätzen sind[3]), ferner alle Erfüllungsgeschäfte, auch die Erfüllung einer nicht klagbaren Verbindlichkeit; denn hier wird immer mit Rücksicht auf eine schon erfolgte Gegenleistung geleistet (z. B. die Leistung, die der Leistung aus der verjährten Forderung als Gegenleistung gegenüberstand, die Übernahme des Risikos eventuell zu Gunsten des Gewinners bei Spiel und Wette etc. etc.).[4]) Entgeltlich kann aber auch je nach Lage der Dinge ein Auszugvertrag sein.[5])

[1]) Seuff. Arch. 26, 130: „Ersatz"; 28, 190: „Widerlage". R. G. 62, 275: „abgelten".

[2]) Hiebei soll nicht verschwiegen werden, dass in B. G. B. §§ 445 und 493 der Ausdruck „gegen Entgelt" in einem engeren Sinn gebraucht ist, indem er hier nur den Austausch von vermögenswerten Gütern bezeichnet.

[3]) R. G. 62, 273 ff.: Hier wird die Möglichkeit zugegeben, dass die Verpflichtung der einen Partei, eine bestimmte Person zu heiraten, zum Gegenstand eines entgeltlichen Vertrags gemacht wird.

[4]) R. G. 42, 120 für den Zwangsvergleich; Jäger, K. O. Anm. 3 zu § 32 für Spiel und Wette; die Leistungen sind immer eine Art Erfüllung.

[5]) Ueber die daran geknüpfte Streitfrage vgl. aus der Praxis: Seuff. Arch. 26, 130 (Schenkung); 37, 275 (Schenkung) mit ausführlicher Erörterung aller Möglichkeiten. 43, 186 (Schenkung) R. G. 13, 190: (Vertrag sui generis); neuestens O. L. G. Colmar in der Zeitschrift für französisches Civil-Recht. 37, 256; für das moderne Recht dürfte es jedenfalls nicht haltbar sein, den Austragsvertrag als Schenkung unter Auflage zu betrachten. (§ 516!) Vgl. Hellwig Verträge S. 155: „wahrer gegenseitiger Vertrag".

Unentgeltliche Rechtsgeschäfte sind aber die Leihe, der Auftrag, die Hingabe eines unverzinslichen Darlehens, Bürgschaftsleistung, Pfandbestellung für einen anderen, ohne dass eine Gegenleistung erfolgt.[1])

Zu den unentgeltlichen Rechtsgeschäften gehören aber die sämtlichen Verfügungen von Todeswegen[2]); schon ihrem Wesen nach ist es ausgeschlossen, dass bei den rein einseitigen Rechtsgeschäften eine Gegenleistung gemacht wird oder gemacht werden soll, oder dass in dem Interessenkreis des Verfügenden, mit dessen Tod erst die Verfügung in Rechtswirksamkeit erwächst, eine Lücke durch eine Leistung des Empfängers der letztwilligen Zuwendung geschlossen werden soll.

Das gilt auch von den in einem Erbvertrag getroffenen letztwilligen Verfügungen über das Vermögen. Zwar könnte man den Vertrag selbst als einen „entgeltlichen" bezeichnen[3]), insofern und wenn die Verfügungen nur im Hinblick auf die Verfügungen des Vertragsgegners getroffen werden, und insoweit die Unwiderruflichkeit der getroffenen Verfügungen und deren Bestand den Ersatz für die Bindung der eigenen Verfügungsfreiheit bilden soll – aber die im Erbvertrag enthaltenen Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen selbst ändern ihren Charakter[4]) und damit ihre Unentgeltlichkeit nicht dadurch, dass sie in einen Erbvertrag aufgenommen werden.

Einen Zweifel kann nur die Beurteilung des legatum debiti bilden, das allerdings als solches eine eigene rechtliche Regelung im B. G. B. nicht gefunden hat, das aber

---

[1]) Ueber die Kasuistik im einzelnen vgl. Jäger, K. O. zu § 32.

[2]) R. G. 12, 383.

[3]) A. A. Hellwig, Verträge S. 605; Planck, V Vorbemerkung zum 4. Abschnitt, Ziff. 2.

[4]) Strohal, Erbrecht I S. 368.

praktisch immer noch vorkommen kann; hier ist die Unentgeltlichkeit ausgeschlossen, weil zu der vom Erblasser angeordneten Leistung und zu der im Vermächtnis liegenden Zuwendung schon eine Rechtspflicht bestand. Wenn wirklich unzweideutig in dem Vermächtnis nur das ausdrücklich vermacht ist, was der Erblasser schuldete, ohne dass ihm Einreden irgend welcher Art gegen die Forderung zustanden, (z. B. durch genaue Bezeichnung des individuellen dem Bedachten geschuldeten Gegenstands oder sonst unzweifelhafte Anordnung, dass nur die geschuldete Leistung Gegenstand des Vermächtnisses sein soll), so ist im Hinblick darauf, dass der Vermächtnisnehmer nur das bekommt, was er ohnehin auf Grund seiner Nachlassforderung bekommen würde, und dass er mit der Vermächtnisforderung als solcher nach den §§ 1973 B. G. B. und 226 K. O. nur schlechter gestellt ist, gar kein Vermächtnis, gar keine irgend welche besondere Wirkung äussernde letztwillige Verfügung gegeben, sondern nur ein nachdrücklicher Hinweis des Erben auf Erfüllung der Verbindlichkeit; es ist, wie bei der Zuwendung einer dem Vermächtnisnehmer schon gehörenden Sache, nur formell, aber nicht materiell eine Vermächtnis-Zuwendung vorhanden.

Eine auf den Anstand oder die Sitte zu nehmende Rücksicht, eine pietas cogens, schliesst die Unentgeltlichkeit der Handlung nicht aus[1]), wenn sie auch eine gesonderte Behandlung der betreffenden Rechtsgeschäfte rechtfertigen mag.[2])

Aus der Reihe der unentgeltlichen Rechtsgeschäfte ragen die unentgeltlichen Zuwendungen heraus, die den

---

[1]) Anders Savigny System IV § 152 a. E. Seuff. Arch. 20, 35; dagegen Seuff. Arch. 23, 129 a.

[2]) Vgl. Seuff. Arch. 59, 181.

Übergang eines Vermögensgegenstands aus dem Vermögen des einen in das des andern Rechtssubjekts mit dauernder Wirkung zum Gegenstand haben: es sind Schenkung, Erbeinsetzung und Vermächtnis, sowie die Stiftung.

Bei der Schenkung ergibt sich ihr Charakter als unentgeltliche Zuwendung aus der Begriffsbestimmung des § 516, der von der Zuwendung und der Einigung der Parteien über die Unentgeltlichkeit als den Begriffsmerkmalen der Schenkung spricht; daneben ist noch gefordert, dass der Schenker aus seinem Vermögen den Beschenkten bereichert – das wird bei der unentgeltlichen Zuwendung tatsächlich fast immer als Folge der Unentgeltlichkeit eintreten und könnte als selbstverständlich unerwähnt bleiben, wenn tatsächlich nur die objektive Bereicherung damit als Begriffsmerkmal festgelegt werden sollte, wie das R. G. in Seuff. Arch. 59, 181, gestützt auf die Ansicht der zweiten Kommission [1]) bei Abänderung des § 437 des ersten Entwurfs in den § 516, annimmt. Richtig daran ist aber nur, dass der gemeinrechtliche animus donandi, oder, wie *Bekker*[2]) definiert (auf Grund der l 1 pr. D. 39, 5) „die Absicht des Zuwenders, sein Wohlwollen uneigennützig zu betätigen", mit den vielen daran anknüpfenden Streitfragen ausgemerzt werden sollte, und dass festgelegt werden sollte, dass auch Schenkungen im egoistischen Interesse Schenkungen sein können; da aber im Begriff der Zuwendung und dem der zugleich erfolgenden Einigung über die Unentgeltlichkeit zugleich die Absicht des Schenkers, den anderen zu bereichern, und die des Bedachten, sich bereichern zu lassen, notwendig liegt, kann auch noch für das neue Recht von einer

[1]) Prot. II, 25;
[2]) Pand. II S. 181.

Bereicherungs-Absicht bei der Schenkung gesprochen werden, die der Schenkung ebenso wesentlich ist, wie die wirklich erfolgende Bereicherung.[1])

Nicht unentgeltliche Zuwendung ist die Aussteuer, da zu ihrer Hingabe eine rechtliche Verpflichtung besteht (§ 1620), dagegen wäre an sich die Ausstattung wohl eine Zuwendung, eine unentgeltliche Zuwendung in Bereicherungsabsicht und mit Bereicherungswirkung — also Schenkung, wenn nicht, den Anschauungen des Lebens folgend, § 1624 durch positive Satzung der Ausstattung, die seitens des Vaters oder der Mutter gegeben wird, soweit sie sich innerhalb gewisser Grenzen hält, den Schenkungscharakter absprechen würde.[2])

Zuwendungen, und zwar wie oben gezeigt, unentgeltliche Zuwendungen sind auch die Erbeinsetzung und das Vermächtnis[3]); es liegt immer eine Übertragung von Vermögensgegenständen an einen anderen vor, die allerdings durch den Eintritt des Erbfalls, des Todes des Verfügenden in ihrer Rechtswirksamkeit bedingt ist. Das Gesetz erkennt den Charakter der letztwilligen Verfügungen als unentgeltlicher Zuwendungen auch an; es nennt in § 1939 die Vermächtnisse gerade-

---

[1]) Vgl. Prot. II, 6 „Vermögensverschiebung zum Zweck der Bereicherung" Dernburg, Bürgerl. Recht II § 205, 4: „Die Schenkung muss eine Bereicherung des andern bezwecken". Den richtigen Massstab für die Beurteilung der modernrechtlichen Bereicherungsabsicht gibt vielleicht R. G. 30, 286: „Die Absicht zu bereichern verlangt nur den Willen, dass das Gegebene ohne Entgelt dem anderen verbleibe; der Beweggrund ist unerheblich". Vgl. auch Prot. II, 6, wo die bei der Schenkung neben der Zuwendung erforderliche Einigung definiert wird als „der Vertrag, der die Vermögensmehrung zu einer bleibenden macht".

[2]) Dass die Ausstattung durch einen Fremden regelmässig eine Schenkung sein wird, und nur, wenn ihr der Charakter der Unentgeltlichkeit fehlt, keine Schenkung ist, darüber vgl. Seuff. Arch. 59, 181; R. G. 62, 273 ff.

[3]) Vgl. legatum est donatio testamento relicta: l 36 D de leg. II R. G. 12, 383. Savigny, System IV 9 fg., 19. Unger, Öster. Priv. R. II, 189.

zu Zuwendungen, es stellt in den §§ 1369, 1521, 1651 bei der Bestimmung des Umfangs der selbständigen Gütermassen im Ehe- bez. Kindergüterrecht, den „Erwerb aus der Erbschaft" mit den unentgeltlichen Zuwendungen unter Lebenden auf eine Linie. Dass hier nicht der Ausdruck „letztwillige Zuwendung" gewählt ist, dürfte seinen Grund darin haben, dass jeder Zweifel darüber ausgeschlossen werden sollte, ob auch der Erwerb auf Grund der Intestaterbfolge unter die Bestimmungen der betreffenden Normen fallen solle oder nicht. Der Erwerb auf Grund der Intestaterbfolge steht aber auch, abgesehen von den genannten Vorschriften, mit einer Zuwendung von Todeswegen in gewissem Sinn auf einer Stufe, weil die Wirkung dieselbe ist und weil, insbesondere dann, wenn der Erblasser zwar keine Erbeinsetzung, wohl aber sonstige, die Stellung des Erben zum nachgelassenen Vermögen betreffende Anordnungen (Vermächtnisse etc. etc.) verfügt hat, die Intestaterbfolge als vom Erblasser gewollt anzusehen ist, und somit in der Nichteinsetzung eines Erben gewissermassen eine Zuwendung des Nachlasses an den Intestaterben liegt.

Keine Zuwendung durch den Erblasser liegt in dem, was der mit einer Auflage Beschwerte dem gibt, zu dessen Gunsten die Auflage angeordnet ist.[1]) Das ergibt sich schon aus der Begriffsbestimmung der Auflage im § 1940 B. G. B. Keine unentgeltliche Zuwendung seitens des Beschwerten ist seine Leistung auf Grund einer Auflage oder eines Vermächtnisses, weil zu dieser Leistung eine rechtliche Verpflichtung besteht.

Eine unentgeltliche Zuwendung liegt aber in der Stiftung, sei es unter Lebenden, sei es von Todeswegen. Dem Stiftungsgeschäft als solchem ist eine Vermögensübertragung wesentlich, mag man diese Vermögens-

[1]) A. A. Endemann, Bürg. Recht III § 65 Note 3.

widmung in das Stiftungsgeschäft selbst verlegen[1]), oder mag man sie als ein sekundäres der Stiftungsgründung zeitlich folgendes Geschäft auffassen; denn auch in diesem letzteren Fall ist die Vermögensübertragung eine notwendige Folge des Stiftungsgeschäfts und deswegen liegt in diesem selbst schon die Zuwendung (vgl. § 82 B. G. B. insbesondere die Vorschrift betreffend die Rechte, zu deren Übertragung der Abtretungsvertrag genügt). Die Zuwendung besteht dann eben in der Begründung der Forderung aus § 82, und in der Bewirkung des kraft Gesetzes eintretenden Übergangs der Rechte bezw. wenn die staatliche Genehmigung erst nach dem Tode des Stifters erfolgt, in der Begründung einer Nachlassverbindlichkeit auf Grund des § 84.[2]) Bei Stiftungen von Todeswegen aber liegt die Zuwendung in der Erbeinsetzung bezw. in der Vermächtnisanordnung mit der zugleich die Stiftung errichtet wird; denn eine derartige Vermögenszuwendung ist auch für das letztwillige Stiftungsgeschäft begriffsnotwendig.[3])

Das Stiftungsgeschäft ist ein rein einseitiges Geschäft, von einer Gegenleistung der Stiftung ist infolgedessen keine Rede; das Geschäft ist somit ein unentgeltliches Geschäft; dem ist auch so, wenn eine vertragsmässige Verpflichtung zur Errichtung der Stiftung eingegangen war, denn dieser Vertrag erzeugt keinen Anspruch auf Errichtung einer Stiftung[4]) und ändert deshalb an dem Charakter der Stiftung als eines unentgeltlichen Geschäfts nichts. Keine unentgeltlichen Zuwendungen

[1]) Planck, Anm. 3 zu § 81.

[2]) Das ist wohl die Meinung dieser Vorschrift, soweit sie sich auf die Stiftungen unter Lebenden bezieht: Der durch das Stiftungsgeschäft schon begründeten Stiftung soll ermöglicht werden, schon von Anfang an als Nachlassgläubigerin aufzutreten. (§ 84, mit 82 und 1967 Satz 2).

[3]) Planck, Anm. 1 und 2 zu § 83.

[4]) Planck, Anm. 6 zu § 81.

sind dagegen die von der Stiftung auf Grund der Satzung den Stiftungsdestinataren gemachten Leistungen, denn sie entsprechen einer rechtlichen Verpflichtung der Stiftung auf Grund der Satzung.

Nur bei unentgeltlichen Zuwendungen in dem oben gezeigten Umfang kennt das B. G. B. Auflagen: nur bei Schenkung, Erbeinsetzung[1]) (bezw. als letztwillige Verfügung bei Eintritt der gesetzlichen Erbfolge) und bei Vermächtnisanordnungen.

Dass bei Stiftungen die Auflage keine spezielle Regelung fand, ergab sich daraus, dass sie nicht notwendig war; hier ist an ihre Stelle die Satzung getreten, die der Stifter im Stiftungsgeschäft erlassen kann, die aber durch die staatliche Genehmigung als verbindliche Rechtsnorm anerkannt und dann auf Grund dieser Anerkennung für die Beteiligten bindend ist.[2]) Zugleich scheidet sie aber wenigstens soweit eine staatliche oder gemeindliche Aufsicht über die Stiftungen besteht, in der Regel aus dem Kreis der privatrechtlich zu verfolgenden Rechtsnormen aus und der Zwang zu ihrer Befolgung wird Sache des behördlichen Einschreitens im Aufsichtswege.[3])

Bei anderen Rechtsgeschäften aber als den genannten unentgeltlichen Zuwendungen sind Auflagen im

---

[1]) Damit ist die alte, schliesslich allerdings im gleichen Sinn entschiedene Streitfrage über die Zulässigkeit der Auflage bei Erbeinsetzungen aus der Welt geschafft; dagegen waren vor allem Hugo und Böcking (Band I § 115) in Konsequenz ihrer eigentümlichen Theorie vom modus, die weiter unten behandelt werden soll, und Glück (Bd. 41 § 1465) u. a. m. deswegen, weil so der Grundsatz: semel heres semper heres durchbrochen werden könne; dafür waren schon Kreittmayr Anm. III Kap. 3 § 11 (weil der Erbe die Erbschaft ex pacto et in vim cautionis verliere), Glück IV § 336, Heimbach im Weiskes Rechtslexikon VII S. 224, und die gesamte neuere Doktrin; vgl. Seuff. Arch. 30, 43.

[2]) Vgl. Endemann Bd. I S. 223 und 199, Cosack I S. 118.

[3]) Vgl. Die Analogie der Vereinssatzung: ein Verstoss gegen dieselbe ist „gesetzwidrig" i. S. des § 43 B. G. B.

Gesetz nicht erwähnt. Zwar will *Dernburg*[1]) auch bei anderen „einseitigen Zuwendungen", z. B. Auslobungen und Privilegien-Erteilungen (wie auch schon *Bekker*[2]) Auflagen vorkommen lassen, doch setzt er die betreffenden Erscheinungen mit Unrecht den Auflagen im technischen Sinn gleich; denn was bei den Auslobungen als Auflage angesehen wird, (es können nur reine Zweckverwendungsbestimmungen in Betracht kommen: z. B. Versprechen einer Geldsumme zu einer Reise nach Italien für den, der ein bestimmtes Bildwerk geschaffen hat) hat, wie sich freilich erst später zeigen wird, einen anderen Charakter als die im Gesetze bezeichneten Auflagen; was aber die Privilegien betrifft, so sind tatsächlich hier Auflagen möglich[3]), Auflagen im ganz ursprünglichen Sinn; doch fallen diese Auflagen aus dem Rahmen des Privatrechts heraus, sie sind, wie die Privilegienerteilung selbst Akte des das Privilegium erteilenden Staats auf Grund seines Hoheitsrechts, und sie können deswegen nicht in eine Linie mit den auf rein privatrechtlichen Normen fussenden Auflagen bei unentgeltlichen Zuwendungen gestellt werden.

§ 5.

Über die systematische Einordnung der Auflage sagen die Motive[4]) nur, dass die Grundsätze über den modus am geeignetsten ihre Erledigung bei den einschlägigen Instituten finden, sowie, dass die „Voraussetzung" als eine allgemeine Kategorie der Selbst-

---

[1]) Bürgerl. Recht I S. 465.

[2]) Pand. II § 118.

[3]) Vgl. Aus der Praxis: Seuff. Arch. 28, 190 (dazu Haymann S. 76 Note 1) und R. G. 40, 306.

[4]) I 248.

beschränkung wegen ihrer unvollständigen Durchbildung nicht aufgenommen werde.

Tatsächlich ist auch die Auflage aus dem allgemeinen Teil verschwunden und findet ihre Regelung getrennt bei der Schenkung und bei den letztwilligen Verfügungen. Schon daraus ist zu entnehmen, dass auch mit der althergebrachten Zusammenfassung von Bedingung, Zeitbestimmung und Auflage als „Nebenbestimmungen" (ganz zu schweigen von den früher noch dazu genannten causa und demonstratio) gebrochen werden sollte[1]); ausdrücklich wird der Unterschied in der systematischen Stellung der Auflage und der Bedingung noch hervorgehoben bei der Behandlung der Schenkung unter einer Auflage[2]), und der letztwilligen Auflage.[3])

Was die Auffassung des Gesetzes über die Stellung der Auflage ist, wird nicht ohne weiteres klar; besonders wird die Erkenntnis dessen erschwert dadurch, dass die Motive bei der Schenkung nur aussprechen, dass die Auflage „nicht gleich der Bedingung eine rechtsgeschäftliche Nebenerklärung ist, die mit der Schenkung selbst in untrennbarem Zusammenhang steht", während bezüglich der letztwilligen Auflage erklärt wird, dass sie eine selbständige Bedeutung habe und nicht, wie die Bedingung, den Charakter einer Nebenbestimmung habe.

Nachdem diese Selbständigkeit der letztwilligen Auflage auch sonst, besonders in den Protokollen der II. Kommission[4]) ausdrücklich betont ist, könnte man versucht sein, schon äusserlich einen Unterschied zwischen den beiden Auflagen festzustellen, und, nach-

[1]) Mot. I 249 weisen sogar die Zusammenfassung von Bedingung und Zeitbestimmung als Nebenbestimmungen zurück.

[2]) Mot. II 299.

[3]) Mot. V 11.

[4]) V, 244 Nicht recht will dazu passen die in § 2195 gewählte Ausdrucksweise „unter der Auflage gemachte Zuwendung".

dem ihre Klassifizierung als „Nebenbestimmungen“ gefallen ist, überhaupt jede Gemeinsamkeit in der beiderseitigen systematischen Stellung zu leugnen.

Tatsächlich liegt das Verhältnis anders: Der Entwurf kennt, wie sich schon aus dem früher nicht gebräuchlichen Wort „Nebenerklärung“ ableiten lässt, den von *Brinz* und insbesondere von *Bekker*[1]) ausgebildeten Begriff des Nebengeschäfts d. i. „der Nebenerklärung, die ohne Beseitigung der Naturalien an das Geschäft Folgen knüpft, welche sonst nicht eintreten würden“.[2]) Es sind Willenserklärungen, die den Rahmen des typischen Geschäfts überschreiten, dabei aber das typische Geschäft innerhalb seines Rahmens unverändert lassen; im Gegensatz zu den Nebenbestimmungen, die die Naturalien des Hauptgeschäfts durch Accidentalien ersetzen.

Das Nebengeschäft setzt also ein anderes Rechtsgeschäft voraus,, an das es sich anschliesst und dessen Bestehen die notwendige Voraussetzung für die Existenz des Nebengeschäfts bildet; insofern ist das Nebengeschäft eine unselbständige Willenserklärung, – andrerseits aber ändert es an dem Hauptgeschäft selbst und an dessen Rechtsfolgen nichts; seine Wirkungen liegen ausserhalb der Sphäre, innerhalb deren das Hauptgeschäft rechtsändernd wird, und infolgedessen geht auch die Willenserklärung des Nebengeschäfts nicht mit der des Hauptgeschäfts in ein untrennbares Ganze über.[3]) Das Nebengeschäft behält deshalb eine gewisse Selbständigkeit dem Hauptgeschäft gegenüber. Die hauptsächlichste Wirkung dieser Doppelstellung ist, dass das

[1]) Pand. II § 113.

[2]) Bekker l. c.

[3]) Ähnlich drückt sich — allerdings ohne den Begriff des Nebengeschäfts zu verwenden — auch Regelsberger Pand. I S. 603 über die Auflage aus.

Schicksal des Hauptgeschäfts zwar das Nebengeschäft mit ergreift, dass jedoch das Schicksal des Nebengeschäfts dem Hauptgeschäft gegenüber keine Wirkungen äussert.

Als einen der Hauptfälle des Nebengeschäfts nennen *Brinz* und *Bekker* die Auflage des gemeinen Rechts; als ein Nebengeschäft im oben bezeichneten Sinn charakterisiert sich auch die Auflage des neuen Rechts.[1]) Keiner weiteren Begründung bedarf das bei der Schenkung unter einer Auflage, wo der untrennbare Zusammenhang zwischen Schenkung und Auflage ausdrücklich abgelehnt wird, wo andrerseits das Bestehen eines begrifflich notwendigen Zusammenhangs sich aus der Bezeichnung „Schenkung unter einer Auflage" und aus der Regelung der Materie, die immer eine Schenkung als notwendig voraussetzt, ergibt. Eine Auflage ohne Schenkung ist nach dem Sinne des Gesetzes undenkbar; die Auflage kann nur als Nebenerklärung zur Schenkung gedacht werden. Andrerseits werden aber die Naturalien der Schenkung: Zuwendung, Unentgeltlichkeit und Bereicherung nicht berührt von den Rechtsfolgen der Auflage; es muss eine vollkommene, rechtlich allen Erfordernissen genügende Schenkung vorliegen, und deren Wesenseigentümlichkeit wird durch die Auflage nicht geändert. Zugleich werden Wirkungen erzeugt, die über den Rahmen des typischen Hauptgeschäfts hinausgehen – Berechtigungen des Schenkers gegenüber dem Bedachten (§ 525) oder, um mit *Bekker*[2]) zu sprechen: „Gegenberechtigungen".

Zweifelhafter kann die Natur der Auflage als Neben-

[1]) Andere Fälle von Nebengeschäften sind die „Bestimmungen" in § 1369 etc. etc., von Planck Anm. zu § 1371 als „Nebenbestimmung" bezeichnet.

[2]) a. a. O.

geschäft sein bei der letztwilligen Auflage; richtig ist, dass sie nach der ihr im Gesetz allenthalben angewiesenen Stellung[1]) neben Erbeinsetzung und Vermächtnis diesen beiden gleichberechtigt erscheint; und dennoch ist sie ein Nebengeschäft, insofern, als sie nur dem Erben oder Vermächtnisnehmer zugemutet werden kann[2]), also eine Erbeinsetzung, – eventuell allerdings eine stillschweigende durch Nichthinderung des Eintritts der gesetzlichen Erbfolge bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung – oder eine Vermächtnisanordnung als notwendig voraussetzt[3]); Erbeinsetzung und Vermächtnisanordnung selbst werden jedoch durch Setzung der Auflage nicht beeinflusst, sondern bleiben davon unberührt, und die Wirkungen der Auflage gehen über den Rahmen der Erbeinsetzung bezw. des Vermächtnisses hinaus; es entsteht durch die Auflage ein plus von Verpflichtungen für den Bedachten; insofern sind auch hier die charakteristischen Merkmale eines Nebengeschäfts bei der Auflage gegeben.

Die Verselbständigung der Auflage von Todeswegen, die das Gesetz gegeben haben will, ist nur eine rein formelle, gegründet darauf, dass im Gegensatz zum alten Recht, die Notwendigkeit der institutio heredis im Testament nicht mehr existiert, und dass infolgedessen die Möglichkeit einer Anordnung nur einer Auflage an den nicht genannten, aber nach dem Willen des Erblassers zur Erbschaft berufenen gesetzlichen Erben, eröffnet werden musste.

Dass die Auflage bei Schenkungen ein Nebengeschäft

---

[1]) Vgl. § 1939/40; § 2278 Abs. 2 u. a. m.

[2]) Darum sind auch die Anordnungen, die der Erblasser dem Testamentsvollstrecker gibt, keine Auflagen.

[3]) Freilich eine formelle Zuwendung ist nicht erforderlich; die Auflage kann allein Inhalt des Testaments sein; Planck Anm. 4 zu § 1940.

sei, erkennt die herrschende Meinung an, wenn sie auch nicht ausdrücklich der Terminologie *Bekker*'s folgt[1]), bei der letztwilligen Auflage dagegen wird die Selbständigkeit ohne Rücksicht auf die doch existierende Analogie zur Schenkungsauflage betont, nur *Kuhlenbeck*[2]) hält den Begriff der Nebenbestimmung für die Auflage fest, wobei er jedoch den Fehler macht, sie mit Bedingung und Zeitbestimmung zusammenzuwerfen, also den Begriff des „Nebengeschäfts" zu ignorieren.

Die Konsequenzen aus der Nebengeschäftsnatur der Auflage hat der Gesetzgeber gezogen.

Die Auflage bei der Schenkung setzt zu ihrer Rechtswirksamkeit die Schenkung voraus; nur solange die Schenkung zu Recht besteht, besteht auch die Auflage: ist die Schenkung nichtig, so entfällt auch die Auflage von selbst; ebenso wird die Auflage unwirksam, wenn die Schenkung widerrufen wird[3]), oder sonst unwirksam wird; denn das Gesetz kennt nur die Schenkung unter Auflage und fordert, wo es den Anspruch aus der Auflage erteilt, den vorherigen Vollzug der Schenkung (§ 525); es hat ausserdem für den Fall, dass die Schenkung z. B. infolge der Entwehrung durch einen Dritten als Schenkung unwirksam wird, wenn auch nicht ausdrücklich, so doch der Sache nach die Unwirksamkeit der Auflage ausgesprochen (§ 526).

---

[1]) Am deutlichsten drückt das Ortloff: Schenkung in Kohlers Arch. 21, 296 im Anschluss an Endemann, Bgl. Recht I, S. 742 aus, der die Auflage „ein selbständiges Rechtsgeschäft neben der Schenkung" nennt; vgl. auch die von Haymann Schenkung unter einer Auflage S. 53 zitiert. Stelle von Eisele (Zeitschrift für Schweizer Recht Bd. 10 S. 10).

[2]) Von den Pandekten zum B. G. B. III, 235.

[3]) Das stand schon für das alte Recht fest: Savigny System IV S. 287. Unger II S. 223 ff. A. L. R. I 11 § 1055/57. Dazu Förster-Eccius II § 122c. Ebenso für das neue Recht Hellwig Verträge S. 328 Note 652. Rspr. 5, 145.

Die letztwillige Auflage kann nur dem Erben oder Vermächtnisnehmer auferlegt werden (§ 1940). Daraus folgt schon, dass sie dann unwirksam wird, wenn die Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung nichtig oder unwirksam wird; wenn z. B. der Erbe oder Vermächtnisnehmer ausschlägt, dann gilt der Anfall an ihn nicht erfolgt (1953 Abs. 1, 2180 Abs. 3). Damit ist aber auch zugleich die ihm gesetzte Auflage ohne Wirkung; das gleiche gilt, wenn die Erbeinsetzung oder Vermächtnisanordnung nichtig ist; dann ist die dem eingesetzten Erben oder dem Vermächtnisnehmer gemachte Auflage gleichfalls ohne Wirkung. Dem widerspricht nicht, dass in § 2161 mit 2192 die Fortdauer der Wirksamkeit der Auflage angeordnet ist für den Fall, dass der Beschwerte nicht Erbe oder Vermächtnisnehmer wird. Die Vorschrift ist so wie so nur dispositiv, und sie kann das eben gezeigte Prinzip schon deswegen nicht durchbrechen, weil sie nur dem favor testamenti dienen will und nur die möglichste Aufrechterhaltung der Willenserklärungen des Erblassers gegenüber den von ihm nicht voraussehbaren zukünftigen Einwirkungen bezweckt. Im Gegenteil, mit der Vorschrift des Satz 2, wonach die Last auf den übergeht, dem der Wegfall des Beschwerten unmittelbar zu statten kommt, wird nur ausdrücklich betont, dass die ursprüngliche Auflage mit der Zuwendung ihre Wirkung verliert.[1])

So wirkt das Schicksal des Hauptgeschäfts auch auf die Auflage, andrerseits aber ist das Schicksal der Auflage für das Hauptgeschäft bedeutungslos. Aus-

[1]) Auch das R. G. (im Recht 06, 1440), das die Selbständigkeit der Auflageverfügung nachdrücklich betont, spricht von der „Zuwendung, mit der die Auflage verknüpft ist", und lässt es im übrigen bei Teilunwirksamkeit der Zuwendung Sache der Auslegung im Einzelfalle sein, ob der Erblasser eine Abhängigkeit gemeint hat oder nicht.

drücklich bestimmt das der § 2195, wonach die Unwirksamkeit der Auflage die Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung nur zur Folge hat, wenn der diesbezügliche Wille des Erblassers anzunehmen ist[1]); mit Recht lehren aber *Dernburg*[2]) und insbesondere *Ortloff*[3]), dass der § 2195 auch auf Schenkungen unter einer Auflage anwendbar sein soll, dass also die Schenkung von der Unwirksamkeit der Auflage im Zweifel nicht berührt werden soll; das wird auch in den meisten Fällen dem Willen des Schenkers und des Beschenkten, zwischen denen die Einigung über die Unentgeltlichkeit zustande kommen muss, entsprechen, und somit wird auch die Anwendung des § 139 meist zu denselben Resultaten führen. Jedenfalls aber entspricht die analoge Anwendung des § 2195 auf Schenkungen unter Auflagen der konsequenten Durchführung der Folgen der Nebengeschäftsnatur der Auflage.

Somit ist die Auflage nach dem geltenden Recht ein Nebengeschäft bei unentgeltlichen Zuwendungen. Eine weitere charakteristische Eigenschaft der Auflage ist: die Schaffung einer erzwingbaren Verbindlichkeit zu einer Leistung für den Bedachten der Zuwendung, ohne dass damit einem etwa begünstigten Dritten ein Recht auf die Leistung entsteht.

§ 6.

Dass der modus eine erzwingbare Verpflichtung für den begründe, dem er auferlegt wurde, ist in den römischen Quellen genugsam deutlich an verschiedenen

[1]) Vgl. einen hierher gehörigen Fall in Prot. V 244: Rentenvermächtnis für den Friedhofsgärtner, unter der Auflage, ein Grab zu erhalten. — Der Antrag, die Vorschrift zu streichen, wurde abgelehnt; das ist ein weiterer Beweis für die Natur der Auflage als Nebengeschäft.

[2]) Bürgerl. Recht II § 210 Note 2.

[3]) Kohlers Archiv 21, 296.

Stellen ausgesprochen[1]), wenn auch die Art der Zwangsmittel eine sehr verschiedene war. Die verpflichtende Wirkung des modus für den Empfänger der Zuwendung ist auch in der gemeinrechtlichen Litteratur[2]) immer unbestritten gewesen; der *Savigny*'sche Satz: „Der modus zwingt" ist nur eine Formel für die communis opinio.

Eine Verpflichtung des mit der Zuwendung Bedachten ist auch die Wirkung der Auflage im B. G. B. Nach § 525, „kann derjenige, welcher eine Schenkung unter einer Auflage macht, die Vollziehung der Auflage verlangen"; dem entspricht als notwendiges Korrelat, dass derjenige, dem die Schenkung unter einer Auflage gemacht wurde, verpflichtet ist, die Auflage zu vollziehen, die ihm auferlegte Leistung zu machen. Der Anspruch des Schenkers aber geniesst, wie jeder andere im Gesetz begründete Anspruch, den Schutz des Gesetzes und kann mit dessen Hilfe erzwungen werden.

Ebenso ist der letztwilligen Auflage wesentlich, dass sie eine Verpflichtung zu einer Leistung des Erben oder Vermächtnisnehmers, dem sie auferlegt wurde, enthält; auch die Erfüllung dieser Verpflichtung kann erzwungen werden.[3])

---

[1]) Vgl. statt vieler Zitate nur: l. 9 C 8, 54.

[2]) Lauterbach Thes. S. 490, 1210; Coll. No. 17 zu D 35 1; Leyser, meditationes v. V, VI S. 1236 (spec. 435); Kreittmayr Anm. III Kap. 3 § 11; Savigny System III S. 226; Böcking Pand. § 115; insbes. Brinz Pand. IV, 229; Scheurl, Nebenbestimmungen S. 19 § 5; Windscheid Pand. II § 368, III § 556, § 636. Freilich die direkte Erzwingbarkeit durch Klage ist nicht allgemein anerkannt: beim letztwilligen modus tritt vielmehr die Kautionspflicht und damit ein indirekter Zwang ein: prinzipiell nur indirekten Zwang kennt das preussische Recht. Förster-Eccius Preuss. Priv.-Recht I § 38.

[3]) Unklar Dernburg in der schon zitierten Stelle Bgl. Recht I § 158 II, wo scheinbar ein Gegensatz zwischen klagbarer Verbindlichkeit und Auflage geschaffen wird. -- Über die Auflage als Verbindlichkeit siehe später § 21 ff. d. Darstellung.

Das Recht, die Auflagenvollziehung zu verlangen, haben bei den Schenkungen derjenige, der die Schenkung macht, bei der letztwilligen Auflage eine Reihe von Personen, die in gewisser Beziehung zum Erblasser oder zu dem Auflageverpflichteten stehen, nie aber der Dritte, der eventuell durch die Auflage begünstigt wird.

Dem war im früheren Recht anders. Schon das spätere römische Recht gab bei Schenkungen[1]) und bei letztwilligen Auflagen, die aber damit seit *Gordian*, soweit sie überhaupt einem bestimmten Dritten direkt zu gute kamen, mit den Fideikommissen unter einer actio sich vermischten[2]), dem Dritten ein selbständiges Recht und im gemeinen Recht war es unbestritten, dass bei Schenkungsauflagen zu Gunsten eines Dritten, der Dritte ein selbständiges Recht aus der Auflage gewinnen sollte.[3]) So bildete die Auflage nach *Bekker*[4]) „die Brücke" zur Einführung der Verträge zu Gunsten Dritter in das gemeine Recht.

Einerseits die Notwendigkeit, die Auflagen und Vermächtnisse zu unterscheiden, die als verpflichtende Anordnungen des Erblassers an den Bedachten einander an sich sehr nahe stehen[5]), andrerseits der Umstand, dass die Rechtsgültigkeit des „berechtigenden" Vertrags[6])

[1]) l 3 § 1 i. f. C 8, 54.

[2]) l 2 C 6, 45 vgl. dazu Windscheid Pand. III § 636, S. 282 Note 5; ob damit die Auflage wirklich zum Fideikommiss wurde, oder nicht, richtet sich nach der Entscheidung der Frage, ob das Fideikommiss formlos war oder nicht. Vgl. Pernice Labeo III 1 S. 33 ff., Lammfromm Teilung etc. etc. S. 82 ff. und die dort zitierten.

[3]) Savigny System IV § 175. Regelsberger Pand. I S. 605; Windscheid Pand. II § 368, § 316 Note 5.

[4]) Pand. II § 118 Beilage II.

[5]) Mot. V, 10, vgl. auch Brinz Pand. IV S. 232, wo das Vermächtnis als einer der Fälle genannt wird, in denen der modus konkreteren Begriffen gewichen ist.

[6]) Vgl. Hellwig Verträge S. 43.

zu Gunsten eines Dritten rückhaltlos anerkannt wurde, führten dazu, der Auflage die Wirkung abzusprechen, dass sie dem Dritten, zu dessen Gunsten sie etwa gesetzt ist, ein selbständiges Recht schafft.[1]) Das hat § 1940 mit aller wünschenswerten Deutlichkeit ausgesprochen.[2]) Dieser Grundsatz hat aber auch für die Schenkung unter einer Auflage Geltung. Die Motive gehen bei der Behandlung des § 1757 (nunmehr § 1940)[3]) davon aus, dass der Begriff der Auflage derselbe bei Schenkungen und bei letztwilligen Verfügungen sei und lassen nur praktische Gründe dafür sprechen, dass sie hier erst die Begriffsbestimmung bringen; sie sprechen aber auch schon bei der Behandlung der Schenkung unter Auflage aus[4]), dass der Dritte, zu dessen Gunsten die Auflage gereicht, im Prinzip durch die der Schenkung beigefügte Auflage an sich keinen Anspruch auf Erfüllung erwirkt. „Ein solcher steht ihm vielmehr nur zu, wenn und soweit in dem Vertrag zwischen dem Schenker und Beschenkten ein Versprechen zu seinen Gunsten enthalten ist". Damit nun, dass § 330 Abs. 2 ein solches Versprechen zu Gunsten eines Dritten prä-

[1]) So auch im Prinzip Bekker Pand. II § 118 Beilage II u. A.

[2]) Wie sich damit die in § 2193 Abs. 3 vorgeschriebene entsprechende Anwendung des § 2151 Abs. 3 Satz 2: „Das Gleiche (S. 1: dass die „Bedachten" Gesamtgläubiger sind!), gilt, wenn das Nachlassgericht dem Dritten eine Frist auf Antrag eines Beteiligten gestellt hat und diese Frist fruchtlos verstrichen ist" verträgt, verschweigt der Gesetzgeber. Dass die „Bedachten", das sind doch im § 2193 die Auflagebegünstigten, die nach § 1940 eben kein Recht haben, Gesamtgläubiger sind, ist unmöglich: Gesagt soll wohl werden, dass in diesem Fall Leistung für nur einen Klageberechtigten die ganze Auflagepflicht aufhebt — dann war aber der Hinweis auf § 2151 verfehlt; denn das ist an und für sich Rechtens (siehe unten S. 111); es wäre dann also nur angeordnet, dass das Bestimmungsrecht auf den ersten, der klagt, übergeht.

[3]) Mot. V, S. 10/11.

[4]) Mot. II 300.

sumiert, wenn dem Bedachten einer unentgeltlichen Zuwendung eine Leistung an einen Dritten auferlegt wird [1]), konnte zwar der Grundsatz, dass die Auflage einem Dritten kein Recht verschaffe, nicht abgeändert werden, höchstens konnte hiemit eine gewisse Verwirrung hereingebracht werden. Dass aber doch noch ein Unterschied zu machen ist, zeigt der § 527 Abs. 2, der eine spezifische Rechtseigentümlichkeit der Auflage – die teilweise Rückforderung des Geschenkten (§ 527 Abs. 1 vgl. § 2196) für den Fall ausschliesst, wo ein Dritter ein Recht hat, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, wo mit anderen Worten, ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten vorliegt. Dass auch wirklich ein Unterschied besteht, und worin dieser besteht, soll später nachgewiesen werden.

III. Die Konstruktion der Auflage.

§ 7.

Für die Beurteilung des Wesens der Auflage hat man in der Theorie des gemeinen Rechts einen präzisen und gemeingültigen Standpunkt nicht finden können.

Die älteren Schriftsteller erklärten den modus – identisch mit der res bei den Verträgen – als die causa futura finalis, propter quam aliquid fit vel praestatur bei Geschäften unter Lebenden, gleichviel ob

[1]) Der Paragraph wurde erst von der II. Kommission eingestellt (Prot. I, 755) mit der Begründung, dass die aufgezählten Fälle mit den in der bisherigen Praxis angenommenen identisch seien. Das ist zwar richtig; die Vorschrift durchbricht aber doch das Prinzip, dass für das Auflagenrecht aufgestellt war. Vgl. auch Crome, Partiarische Rechtsgeschäfte S. 536 Note 15: „Notwendig ist diese Rechtsgestaltung keineswegs"; id. S. 547.

entgeltlich oder unentgeltlich, bezw. als adjectio indicans quid testator post acceptum legatum fieri vellet, bei den Vermächtnissen. So *Lauterbach*[1]), so auch *Kreittmayr*[2]), der diese causa finalis in scharfen Gegensatz zur causa impulsiva, dem Beweggrund setzt. So ging der modus auch als Endzweck in das Preussische Landrecht über.[3])

Hugo[4]) und nach ihm *Böcking*[5]) suchten einen neuen Weg: ausgehend von der wörtlichen Bedeutung: „Mass und Massgabe", wollten sie das Wesen des modus in der Beschränkung der Liberalitäten (Schenkung, Vermächtnis und fideikommissarische Freilassung) finden, für welche (durch die leges Furia, Voconia, Falcidia) ein gesetzliches Mass festgelegt ist; auf dieses Mass werde die Liberalität eben dadurch gebracht, dass dem Bedachten eine Verpflichtung auferlegt werde, die die Wirkung der Liberalität mindere.

Diese Wertsminderung der Liberalität gab auch für *Savigny*[6]) den Anlass, den modus als Selbstbeschränkung des Willens, der auf das Geben gerichtet sei, aufzufassen: er führt aus, dass der ursprüngliche Wille, den ganzen Wert zuzuwenden, durch die Aufnahme des modus sich selbst beschränke, indem der Wert der Ver-

[1]) Coll. No. 88 zu D 2, 14; No. 17 zu D 35, 1; Thes. S. 490 und 1210.

[2]) Anmerkungen III Kap. 3 § 11 insbesondere S. 359.

[3]) I 11 und 1053 ff.

[4]) Rechtsgeschichte 11. Aufl. S. 539.

[5]) Pand. II § 115.

[6]) System III § 128; Auf dasselbe kommt Haymann, Schenkung unter einer Auflage m. E. hinaus, trotz seines Bestreitens; denn die „Einschränkung der Aufgabe der Zuwendung", (S. 59) ist nichts anderes als die Verminderung des Werts der Zuwendung; denn die Aufgabe der Zuwendung ist bei der Schenkung doch Bereicherung und zwar Bereicherung um den Wert der Zuwendung. Nur ein anderer Ausdruck scheint es mir zu sein, wenn Dernburg (Bgl. Recht II § 210) und Crome Part. Rechtsgesch. S. 535 von einer Belastung bezw. Last der Schenkung sprechen.

pflichtung, den modus zu erfüllen, von dem Wert der Zuwendung abgerechnet werden müsse. Seine Ansicht, die also die rein wirtschaftliche Wirkung des Rechtsgeschäfts unter Auflage erfasst, blieb lange Zeit massgebend, ihr folgten u. a. *Glück*[1]), *Unger*[2]), *Scheurl.*[3])

Noch deutlicher wird es, dass *Savigny* nur den wirtschaftlichen Effekt bei der Betrachtungsweise der Auflage berücksichtigt, wenn man seine Erklärung der Schenkung unter Auflage als eines negotium mixtum[4]) in Betracht zieht, eines zusammengesetzten Rechtsgeschäfts, das, soweit die Auflage reicht ein entgeltlicher Vertrag und nur soweit die Zuwendung an Wert die Auflage übersteigt, eine Schenkung ist; auch diese Auffassung fand viel Anklang und beherrschte Theorie und Praxis.[5])

Windscheid[6]) brachte den modus unter den Begriff der Voraussetzung der Selbstbeschränkung des Willens, die eine unentwickelte Bedingung enthalte, die etwas enthalte, ohne das man nicht gewollt haben würde, und bei Ermangelung dessen die Rechtslage nicht mit

---

[1]) Pandekten 41, § 1465.

[2]) Oesterr. Privatrecht II S. 100.

[3]) Nebenbestimmungen S. 246. Vgl. auch Arndts Pand. § 74; Förster-Eccius Preuss. Privatrecht I § 38.

[4]) System IV § 175.

[5]) Unger, Oesterr. Priv.-Recht II § 99, 3. Förster-Eccius, Preuss. Priv.-Recht II § 122c; auch Windscheid Pand. II § 368 erkennt diese Auffassung stillschweigend an. Seuff. Arch. 6, 38. Dass sie noch nicht ganz abgetan ist, geht vielleicht aus Rspr. 5, 145 hervor. Vgl. übrigens hieher auch die die Frage der Insinuation betreffenden Entscheidungen Seuff. Arch. 26, 131; 27, 128. Jetzt kann die Frage höchstens noch bei der Rechtsanwendung der Amortisationsgesetze E. G. z. B. G. B. Art. 86 (bay. A. G. §§ 7—10) brennend werden. Auch das sächsische Gesetzbuch § 1065 war der Ansicht Savigny's gefolgt.

[6]) Voraussetzung No. 1, 4; vgl. auch das Beispiel in No. 17, 19, 25; Pandekten I § 97, insbes. Note 1.

dem wirklichen, wohl aber mit dem eigentlichen Willen in Widerspruch stehe.

Dernburg[1]) brachte die Frage in neuer Beleuchtung: er betrachtete die Auflage als Nebenzweck, der neben dem Hauptzweck der Zuwendung (der Vermögensübertragung bezw. der Bereicherung) herlaufe und in der an das erste Geschäft (Schenkung etc.) geknüpften Auflage zur Geltung gebracht werden solle.

Durchgreifend anders stellen *Brinz* und *Bekker* das Wesen der Auflage dar. Ersterer[2]) sieht in dem Nebengeschäft des modus die Verwirklichung des Prinzips, „dass alles, was man auf Grund einer res (d. i. datio, traditio, kurz eines reellen Empfangs, Bekommens) dem Geber, wenn auch formlos, aber zugleich mit dem Empfang zusagt, dass jede Auflage, welche man mit dem Empfang angenommen hat, klagbar sein soll". Dieses Prinzip findet sich wieder in den Realkontrakten und Innominatkontrakten des römischen Rechts und in den Vermächtnissen, wo es allerdings in konkreten Formen und unter eigenen Namen auftritt, deswegen, weil der tägliche Gebrauch diese Erscheinungsformen zu selbständigen Rechtsgebilden individualisierte; so kam es, dass schliesslich für die Auflage unter eigenem Namen nur ein schmaler Bereich blieb, wo einerseits das Hauptgeschäft durch das Hinzutreten des modus sich nach Namen und Wesen als Gabe nicht ändert, andrerseits der modus den Begriff des obligatorischen Nebengeschäfts nicht aufgibt und nicht in ein anderes Rechtsgeschäft übergeht; in diesen Bereich gehören

[1]) Preuss. Priv.-Recht I § 93; Pandekten I § 115. Bgl. Recht I § 158. Ebenso Fischer-Henle Anm. zu § 525. Auch Brunner Landschenkungen S. 1174 bezeichnet die Auflage im römischen Recht als einzige Möglichkeit, der Schenkung als abstrakter Vermögensvermehrung einen konkreten Zweck zu geben.

[2]) Pand. IV S. 229 ff.; II S. 134.

Schenkung und die Vergabungen von Todeswegen. Das Prinzip aber, das in der Auflage noch rein zu Tage tritt, ist das Prinzip der fortdauernden Verfügungsgewalt des Gebers über seine res, das Prinzip der lex rei suae dicta.

Ähnlich gründet *Bekker*[1]), der die Auflage bei Schenkung und als Verfügung von Todeswegen als reale Auflagen oder Auflagen im engeren Sinn charakterisiert, den Verpflichtungsgrund aus der Auflage auf die Hingabe der res; als charakterische Merkmale dieser Verpflichtung ex re bezeichnet er: keine Gebundenheit über die Bereicherung hinaus, kein anderer Zwang als durch Entziehung der Bereicherung.

Ganz im Gegensatz zu diesen beiden Ansichten schliesslich gelangt *Lammfromm* zu dem Resultat: Die Auflage sei in allen Fällen Vertrag, sowohl beim Vermächtnis, wo in der Anordnung des Vermächtnisses mit Auflage das Vertragsangebot und in der Kautionsstellung durch den Vermächtnisnehmer die Annahme liege[2]), als auch bei der Schenkung, wo die Vertragsnatur der Auflage aus der Vertragsnatur des Hauptgeschäfts von selbst sich ableite.[3]) Die wichtigste Konsequenz ist ihm demnach Gebundenheit des Auflageverpflichteten ex contractu auch über den Wert der Zuwendung hinaus.[4])

Jede dieser Theorien hat einen unleugbar richtigen Kern. Meistens ist der Inhalt der Auflage der Endzweck, den der Geber einer Zuwendung schliesslich verfolgt; dieser Zweck kann und wird auch meistens nach dem Willen des Gebers hinter den Bereicherungszweck zurücktreten;

[1]) Pand. II § 118, Beil. II.
[2]) Teilung, Darlehen etc. etc. S. 94 ff.
[3]) Zit. S. 101 ff.
[4]) Zit. S. 102 ff.

er muss das unbedingt bei Schenkungen, solange man an dem Erfordernis des animus donandi in seiner alten weitestgehenden Bedeutung festhält. Doch ist es nicht umumgänglich notwendig, dass die Auflage einen Nebenzweck verfolgt, vielmehr kann nach dem Willen des Gebers – und der ist für die Frage, welchen Zweck er mit seiner Zuwendung verfolgt, jedenfalls allein massgebend – der Inhalt der Auflage auch der Hauptzweck sein.[1]) Zudem aber eignet sich der Begriff des Zwecks nicht zur Gründung der juristischen Konstruktion der Auflage – die verbindliche Natur der Auflage lässt sich daraus, dass sie den Zweck der Gabe enthält, keineswegs erklären.

Die Wirkung der Auflage ist, wenn sie vermögenswerte Leistungen zum Inhalt hat, eine Einschränkung der Zuwendung, und, insofern der Zuwendungswille und der Auflagewille sich in dieser Weise entgegenwirken, ist die Auflage eine Selbstbeschränkung des Willens – doch vor allem gilt dies nur dann, wenn die Auflage auf eine vermögenswerte Leistung geht und Zuwendung und Auflage somit kommensurabel sind; in allen sonstigen Fällen aber versagt diese Erklärungsweise, und in diesen Fällen besonders versagt die Scheidung einer Schenkung unter Auflage in Schenkung und entgeltliches Geschäft, denn mangels eines Wertmessers der Auflageleistung ist es nicht möglich zu bestimmen, wo die Grenze laufen soll.[2])

Ebenso kann die Auflage eine Voraussetzung der Zuwendung im Sinne *Windscheid*'s sein – wenn man überhaupt den *Windscheid*'schen Begriff, der so viel umstritten ist, annehmen will – aber auch damit ist

[1]) Recht 05, S. 311; R. G. 60, 240 mit dem Beispiel: Jemand schenkt 100000 Mark mit der Auflage für 95000 Mark eine Stiftung zu machen.

[2]) Mot. II 300 lehnen diese Konstruktion ausdrücklich ab.

für die Herleitung der Verpflichtung aus der Auflage nichts gewonnen, und das Wesen der Auflage ist auch damit nicht getroffen.

Was nun *Lammfromm*'s Ansicht anlangt, so ist der Gedanke, dass der Erblasser, wenn er gestorben ist, – und eher kommt doch das mit der Auflage belastete Vermächtnis als solches nicht in Betracht, es kommt dem Bedachten auch meist nicht eher zur Kenntnis – mit dem Vermächtnisnehmer einen Vertrag schliesst, sei es auch durch den Erben, der den Erblasser vertritt, der aber tatsächlich bei dem „Angebot des Vermächtnisses" gar nicht mitwirkt, – ein so absonderlicher, dass er zu Widerspruch reizt; die Konsequenz der unbeschränkten Verpflichtung des Auflageverpflichteten hat zudem das Gesetz gar nicht gezogen.[1])

Alle die angeführten Theorien lassen sich jedenfalls – abgesehen von der Frage, ob sie in den gemeinrechtlichen Quellen ihre Stütze finden oder nicht – nicht zur Konstruktion der modernrechtlichen Auflage verwenden, des den Empfänger der Zuwendung verpflichtenden Nebengeschäfts einer unentgeltlichen Zuwendung, aus dem einem Dritten prinzipiell ein Recht nicht erwächst.

Um ihre juristische Konstruktion zu ergründen, muss wohl weiter ausgeholt werden.[2])

§ 8.

„Wenn insgemein alles Recht aufgestiegen ist aus dem Schoss der Sitte, so zeigt sich dieser Zusammen-

[1]) Vgl. Crome Part. Rechtsgesch. S. 532 Note 9.

[2]) Nach Abschluss der Arbeit finde ich, dass Kohler in seinem Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts Bd. II S. 285 Note 1 wenigstens bezüglich der Schenkungsauflage demselben Gedanken Ausdruck verleiht, von dem meine Untersuchungen ausgehen (mit Hinweisen auch auf das islamitische Recht).

hang zwischen beiden ganz augenscheinlich an der Schenkung".[1]) Sie ist das Rechtsinstitut, bei dem die Sitte am stärksten nachwirkt, wo ihrem Einfluss noch am meisten Rechnung getragen wird.

Die Sitte verlangt vor allem für das Geschenk Dankbarkeit des Beschenkten gegen den Schenker, und dieses Gebot der Dankbarkeit fand auch in der rechtlichen Regelung der Schenkung vor allem Berücksichtigung. Daher stammen im römischen Recht die Sätze über den Widerruf wegen Undankbarkeit[2]); daher aber stammt vor allem die Unwiderruflichkeit der remuneratorischen Schenkung[3]), denn bei ihr, die selbst eine Erfüllung der Dankespflicht ist, ist eine Dankbarkeit nicht in dem Mass erfordert, wie bei der gewöhnlichen Schenkung; dass man aber auch in Rom den Gedanken der Dankbarkeit schon schärfer und weitergehend durchdachte, zeigt uns die l 25 § 11 D 5, 3: „. . . . si donaverint . . . . quamvis ad remunerandum sibi aliquem naturaliter obligaverunt", d. h. Der Schenker verpflichtete sich den Beschenkten, wenn auch nur naturaliter zu einem Gegengeschenk.

Der letzte Gedanke ist im germanischen Recht der Grundgedanke des ganzen Schenkungsrechts geworden. „Gabe fordert zur Gegengabe".[4]) „Der Gabe begrifflicher Zweck ist Gunstbezeigung gegen den Empfänger . . . . als Gunstbezeigung fordert sie die Dankbarkeit heraus: Gunst um Gunst! Der Empfänger hat die Gabe zu lohnen".[5]) Ja man geht im nordgermanischen Recht so weit zu sagen, dass die Gabe frei zurückgefordert

[1]) J. Grimm, Über Schenken und Geben: Kleinere Schriften II S. 175.

[2]) l 10 C 8, 56.

[3]) l 34 § 1 D 39, 5.

[4]) Grimm a. a. O. S. 174. v. Amira Nordgerm. Obl. Recht I, 506.

[5]) v. Amira Nordgerm. Obl. Recht I, 506, II, 612.

werden kann, bis sie durch Gegengabe gelohnt ist[1]); und ganz ähnlich wurde nach longobardischem Recht die Schenkung erst dann vollbindend, wenn die launegild – eine kleine Gegengabe – gegeben war.[2])

Was von Schenkungen gilt, dass sie eine rechtliche Sanktion der Dankespflicht erfahren haben, gilt ebenso von den Zuwendungen von Todeswegen; bei denen nebenbei noch der Gedanke der den Erben bindenden Pietät gegen den Erblasser gleichen Einfluss hat. In diesem Sinn spricht das römische Recht vom honos institutionis, der als solcher zu respektieren war; von diesem Standpunkt aus erklären sich die Indignitätsgründe des römischen Rechts. Im deutschen Recht, wo die gewillkürte Erbfolge überhaupt auf eine Vergabung zurückgeht, ist die Analogie mit der Schenkung schon um deswillen selbstverständlich.

Der Gedanke der Dankespflicht und Pietätspflicht bei Schenkungen und letztwilligen Zuwendungen lebt auch noch im neuen Recht, das den Schenkungswiderruf wegen Undanks und die Erbunwürdigkeit sowie andrerseits die verschiedentliche Bevorzugung der „Anstandsschenkungen" ebenfalls kennt.[3])

Der aus der Sitte stammende Rechtsgedanke der Anerkennung der Dankespflicht ist aber auch der Ausgangspunkt für die Konstruktion der Auflage.

Die unentgeltliche Zuwendung erzeugt als Gunstbezeugung für den Bedachten die Pflicht der Dankbarkeit; das ist auch heute noch ein Satz der Sitte; diese Norm der Sitte hat das Recht berücksichtigt: freilich

[1]) ebenda.

[2]) Erwähnt zit. I 509; Grimm, a. a. O. S. 175; Gierke in Holtzendorffs Enzyklopädie I S. 526.

[3]) B. G. B. §§ 530—533, 2339—2345; vgl. auch § 2333; § 534 u. a. m.

im Allgemeinen nicht mehr in dem Umfange, dass es auf Grund der Dankbarkeit ein positives Handeln, eine positive Dankbarkeitserweisung verlangt, wie das alte Recht: die donatio remuneratoria, zu der l 25 § 11 D 5, 3 wenigstens eine rechtliche Verpflichtung ohne Zwang kennt, oder die Gegengabe, die launegild; vielmehr knüpft das Recht nur an die Verletzung der Dankbarkeitspflicht den Widerruf, die Erbunwürdigkeit an. Nur in einem Fall geht man weiter: wenn der Geber auf Grund seiner Gabe ausdrücklich ein Verlangen kundgibt, wenn er von dem zur Dankbarkeitserweisung Verpflichteten etwas will, was Gegenstand rechtlicher Verpflichtung sein kann, dann gibt ihm das Recht die Macht, seinen Willen durchzusetzen, es stattet die Auflage mit Erzwingbarkeit aus.

Der Gedanke, die Auflage auf die Dankbarkeit zu stützen, ist freilich keine Erfindung neuerer Gesetzgebung: er findet sich im römischen Recht: Nachdem überhaupt der Widerruf der Schenkung auch Freigeborenen gegenüber anerkannt worden war — und das geschah erst durch die l 1 C 8, 55 — hat *Justinian* ganz konsequent das Widerrufsrecht auf den Fall der Nichterfüllung der conventiones impositae ausgedehnt.[1]) Und desgleichen hat er die Nichterfüllung des modus beim Vermächtnis als einen Indignitätsgrund, — also als eine Verletzung der Pietätspflicht aufgestellt[2]) — beides Beweise dafür, dass, wenigstens der späteren Rechtsentwicklung im römischen Reich, die Auflage und

[1]) l 10 C 8, 55.

[2]) Nov. 1 c 1 und 4 — Dass der Gedanke, die Auflageverpflichtung als einen Ausfluss der Pietätspflicht aufzufassen, schon im älteren Recht nicht unerhört war, ergibt sich aus l 17 § 1 D 40, 4 (Julian) und l 92 D 35, 1: neque enim debet circumveniri testantium voluntas (Ulpian). Auch Pernice Labeo III 1 S. 38 spricht von einer „fides-Pflicht" des Erben.

ihre Verbindlichkeit für den Bedachten aus der Dankbarkeitsverpflichtung des Empfängers einer Gabe zu entspringen schien.

Für das germanische Recht aber, das, wie schon erwähnt, ganz im allgemeinen den Gedanken der Gabe als Gunstbezeigung und ihrer daraus sich ergebenden Folgen viel schärfer zum Ausdruck brachte, ist die Konstruktion der Auflage als Ausfluss der Dankbarkeitsverpflichtung ein völlig selbstverständlicher Gedanke, auf dem sich die ganze Lehre der germanisch-rechtlichen Realverträge aufbaut[1]), auf den das Lehenrecht in seiner steten Wechselbeziehung von beneficium und homagium[2]) zurückgeht.

Schliesslich mag noch dafür, dass die Auflagen im alten Recht schon dem Gedanken der Dankbarkeitserweisung entsprangen, angeführt werden, dass die Freilassung, die im römischen[3]) wie im germanischen Recht[4]) als Schenkung bezw. Gabe der Freiheit erschien, wenigstens im römischen Recht modus-ähnliche Nebenerklärungen kannte: die Auferlegung der operae.[5])

[1]) v. Amira, Nordgerm. Obl. Recht I S. 318 ff., 504 ff. II S. 342 ff. 609 ff.

[2]) v. Amira, Grundriss S. 118; Brunner, Landschenkungen S. 1190/91 bezeichnet die qualifizierten Schenkungen unter „Vorbehalt" treuer Dienste zwar als resolutiv bedingte Schenkungen: aber abgesehen davon, dass der Schenker sich hier eigentlich nichts von dem geschenkten Eigentum „vorbehält", scheinen die angeführten Beispiele, insbesondere die Schenkung des Coenwulf (trotz der Fassung mit eo . . . iure si) und die Stelle aus der lex Gundobada (bei der Brunner selbst an eine Ermahnung an den Beschenkten denkt), vielmehr auf „Auflagen" als auf Bedingungen hinzudeuten (vgl. auch die S. 1193 angeführten Formeln für Schenkungen an Kirchen); damit soll nicht bestritten werden, dass die Wirkungen dieser „Auflagen" — wie teilweise auch in späterer Zeit — sich mit denen einer Resolutivbedingung decken.

[3]) Pernice Labeo III 1, 75.

[4]) v. Amira zit. I S. 541.

[5]) tit. D 38, 1 de operis libertorum, dazu Pernice a. a. O. S. 79 ff.

§ 9.

Dem Konstruktionsgedanken entspricht die Beschränkung der Auflage auf unentgeltliche Zuwendungen, wie sie im modernen Recht durchgeführt ist: nur unentgeltliche Zuwendungen sind „Gaben", die zur Dankbarkeit verpflichten, die anderen, entgeltlichen Zuwendungen dagegen, wo beide Parteien, wenigstens ihrem Willen und ihrer gegenseitigen Schätzung des Geschäftsgegenstands nach, mit gleichem Vermögensverlust und -Gewinn nach dem Geschäft von einander scheiden, haben für keinen der Beteiligten eine derartige Nachwirkung; ihr Verhältnis zu einander findet mit der Beendigung des Rechtsgeschäfts ebenfalls sein Ende. Ebenso aber knüpfen sich verständlicherweise an unentgeltliche Rechtsgeschäfte, die keine Zuwendungen sind, keine Auflagen, sie haben zwar ursprünglich den Charakter der Gabe (z. B. die Leihe)[1]), aber die Auflage, die Gegenleistung, die hier in der Zurückgabe besteht, ist jetzt gesetzlicher Inhalt des Geschäftstypus geworden, und eine weitere Auflage als diese – die an und für sich schon, wie sich zeigen soll, den weitest möglichen Umfang hat[2]) – ist deshalb nicht möglich.

Darum aber auch ist die Auflage schon nach ihrem Wesen ausgeschlossen bei der Auslobung. Mag man diese als eigenes Rechtsgeschäft, der pollicitatio nachgebildet, auffassen, wie die Motive[3]), mag man sie als bindenden Vertragsantrag[4]) oder als in eigentümlicher Form auftretenden Werkvertrag auffassen[5]) – immer erfordert sie begrifflich eine Leistung des unbestimmten

[1]) Sie ist Realvertrag v. Amira Nordgerm. Obl. R. I S. 341.
[2]) Denn die Haftung des Bedachten ist beschränkt. Kap. VII a. D.
[3]) II, 518.
[4]) Dafür Gierke Entwurf und deutsches Recht. S. 227.
[5]) Kohler in Kohlers Archiv 25, S. 1 ff.

anderen, an den sie sich wendet, und wenn sie auflagenähnliche Nebenerklärungen hat (z. B. Zwecksatzungen für die Verwendung der versprochenen Summe), dann sind das Erklärungen, die zum Inhalt der Auslobung selbst gemacht werden, und die entweder mit der in der Handlung des anderen liegenden Annahme der Auslobung mit zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gemacht werden oder die als Nebenabreden des Erfüllungsvertrags verbindliche Kraft erlangen.

Nur eine Konsequenz unserer Konstruktion ist es, wenn § 525 die Vollziehung der Auflage erst verlangen lässt, wenn der Schenker seinerseits geleistet hat; erst mit dem Vollzug der Schenkung entsteht eben zwischen Schenker und Beschenktem das Verhältnis, auf dem sich die Auflage aufbaut: die Schenkung und zwar die vollzogene Schenkung ist die vom Rechte gesetzte Bedingung der rechtlichen Wirksamkeit der Auflage.[1]) Das ist auch der Grund, warum eine Auflage beim formell gültigen Schenkungsversprechen nicht möglich ist – zwar ist es selbstverständlich demjenigen, der eine Schenkung verspricht, unbenommen, dem andern eine Verpflichtung aufzuerlegen – als Auflage kann diese Verpflichtung jedoch erst vom realen Vollzug der Schenkung an geltend gemacht werden[2]), vorher kann sie nur eine Ankündigung einer Auflage sein, sie kann auch eventuell als Vertragsabrede gleich einem Vorvertrag bindend sein, so zwar, dass derjenige, der die Schenkung ohne Auflage verlangen wollte, eine pluris petitio erheben würde, aber Auflage selbst i. S. der §§ 525–527 ist vor dem Vollzug der Schenkung keine vorhanden.

Das gleiche Prinzip ist auch bei der letztwilligen

[1]) Staudinger Anm. IV zu § 525; Hellwig Verträge S. 282.
[2]) Näheres bei Ortloff in Kohlers Archiv 21, 311 ff.

Auflage ausgesprochen in § 2186: erst wenn die Zuwendung an den Vermächtnisnehmer gelangt ist, wenn er m. a. W. aus dem Vermächtnis forderungsberechtigt geworden ist, kann von ihm die Vollziehung der Auflage verlangt werden, weil erst dann die rechtlich erforderlichen Voraussetzungen der Auflageverpflichtung gegeben sind. Das gleiche gilt für den Erben – einer ausdrücklichen Vorschrift bedarf es hier nicht: die Auflage kann nur dem Erben gesetzt werden (1940); der Vermögensübergang an den Erben aber tritt mit dem Erbfall ein (§ 1922) und damit sind die rechtlichen Erfordernisse der Auflageverpflichtung schon gegeben: ein Nacherbe anderseits wird erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge Erbe (§ 2100), die Voraussetzungen des § 1940 liegen also erst von diesem Zeitpunkt bei ihm vor. Aber jedenfalls ist auch bei der letztwilligen Auflage der kausale Zusammenhang zwischen Gabe und Auflageverpflichtung gegeben, den das Wesen der Auflage erfordert.

Diesem Wesen der Auflage entspricht auch die Konstruktion der Auflage als Nebengeschäft: mit dem Hinfall der Zuwendung entfällt die auf ihr beruhende Dankespflicht und damit die Rechtswirksamkeit der Auflage, die als Nebengeschäft nur mit dem Hauptgeschäft bestehen kann.

Aus dem Wesen der Auflage folgt auch der Satz, den für das alte Recht die l 4 C 8, 54 aussprach: perfecta donatio postea condiciones non capit[1]), und den man für das neue Recht aus der Fassung des § 525 („wer eine Schenkung unter einer Auflage macht") und aus der Natur der Auflage als Nebengeschäft wird ableiten müssen: die zeitliche Beschränkung der Auflagesetzung: sie ist das notwendige Korrektiv des Auflage-

[1]) Vgl. Seuff. Arch. 5, 167.

rechts: ist einmal die Schenkung vollzogen und hat der Schenker nicht erklärt, was er als Dankbarkeitserweisung vom Beschenkten will, dann kann er nicht noch viel später kommen und eine Auflage machen – dann ist er eben auf das angewiesen, was der Beschenkte von selbst tut, um sich dankbar zu zeigen – eine rechtliche Verpflichtung zu einer Gegengabe besteht dann nach moderner Rechtsanschauung überhaupt nicht. Für die letztwillige Auflage ergibt sich der zeitliche Zusammenhang aus der Natur der letztwilligen Verfügungen, die alle vor dem Tode des Erblassers getroffen sein müssen und alle erst mit seinem Tode Rechtswirksamkeit erlangen, mögen sie auch (als Testamentsnachträge z. B.) zeitlich verschieden erklärt worden sein.

Die Terminologie des Rechtes entspricht der oben gegebenen Auffassung vom Wesen der Auflage. Im römischen Rechte sprach man unter anderem von einer lex donationis[1]), von leges testamento dictae[2]), bei Testamenten von iubere[3]), um modale Verpflichtungen zu bezeichnen, dem Wesen dessen, was „Auflage" sonst zu bezeichnen pflegt[4]), entsprechend; im germanischen Recht weist *v. Amira*[5]) den dem Wort „Auflage" beinahe wörtlich entsprechenden Ausdruck álag nach. Der Gedanke, der in dieser Terminologie liegt, ist der, dass der Bedachte durch die Gabe und die daraus folgende

[1]) z. B. l 22 C 8, 54; l 8 C 4, 64; l 135 § 3 D 45, 1; l 42 § 1 D 39, 6; l 8 D 40, 8 u. a. m.

[2]) l 114 § 14 D de leg I: Trotz Pernice Labeo III 1 S. 29 Note 2 u. E. halte ich dieses Veräusserungsverbot für eine Auflage, vetare ist das negative iubere, mit iubere aber wurden Auflagen bezeichnet. Vgl. Pernice a. a. O. S. 24 ff.

[3]) l 18 § 2 D 10, 2; l 8 D 28, 7; l 37 § 1 D 11, 7; l 45 D 28, 5; l 49 § 4 D de leg II u. a. m.

[4]) Vgl. Einleitung.

[5]) Nordgerm. Obligationenrecht II S. 343.

Pflicht zur Erweisung der Dankbarkeit in eine Art Abhängigkeitsverhältnis zum Geber gerät[1]), auf Grund dessen der letztere ihm Befehle geben kann, ihm Vorschriften machen kann, die das Gesetz mit Rechtszwang ausstattet – sie heissen „Auflagen", leges, iussa, wie sonst nur Akte des dem Privatrechtssubjekt übergeordneten und mit Befehlsgewalt ausgestatteten Staates.[2])

Zugleich aber enthalten die Auflagen die Massbestimmung, „die Massgabe"[3]), für die zu erweisende Dankbarkeit, den modus, háttr[4]) der an und für sich geschuldeten – wenn auch nur naturaliter geschuldeten – Gegenleistung; sie geben zugleich den Zweck, oder den Nebenzweck kund, den der Geber mit der Gabe verfolgt – aber das ist ihnen nicht wesentlich, es ist nur die Herausschälung des Gedankengangs beim Geber der Zuwendung aus seinem Handeln; diesen Zweckgedanken gibt ja zudem in sehr vielen Fällen der Geber in seiner Form kund, und gerade die Ausdrucksweise schien denjenigen, die den modus als Zweckbestimmung u. a. auffassten, als charakteristisch für den modus.[5])

§ 10.

Aus der Ableitung der Auflage aus der bezeichneten Überordnung des Gebers über den Bedachten folgt aber weiterhin, dass die Auflage ihrem Wesen nach eine einseitige Erklärung sein muss – sie ist's unbestrittenermassen als letztwillige Auflage, denn die

[1]) „Er ist in des Königs Gewalt gegangen" v. Amira zit. I S. 614.

[2]) Vgl. auch die Bezeichnung „Auftrag" für modus im Oesterr. Gesetzbuch § 710.

[3]) Scheurl, Nebenbestimmungen S. 245.

[4]) v. Amira, Nordgerm. Obl. Recht I S. 343.

[5]) Vgl. Lauterbach, Coll. No. 88 zu D II 14; Thes. S. 490. Kreittmayr, III Kap. 3 § 11. Die Formel „ut", — vgl. auch v. Amira, Nordgerm. Obl. Recht II S. 343.

letztwilligen Verfügungen sind alle einseitige Willenserklärungen und verlieren diesen Charakter nicht, wenn sie auch durch Erbvertrag getroffen werden.

Bezüglich der Schenkung ist man, wie schon für das gemeine Recht schliesslich ziemlich feststand[1]), nunmehr über den Vertragscharakter wohl einig; wenigstens lässt der § 516 B. G. B. kaum eine andere Deutung aufkommen. Fraglich ist nun aber, ob auch hier die Auflage einseitige Willenserklärung bleibt, oder ob zu ihrer Gültigkeit die Annahme notwendig ist, mit anderen Worten, ob die Schenkung unter Auflage zwei Verträge in sich schliesst: einen Hauptvertrag, den Schenkungsvertrag und einen Nebenvertrag, den Auflagevertrag.[2])

Will man die Frage beantworten, darf man nicht darauf hinweisen, dass der modus des römischen Rechts als conventio[3]), als pactum, als stipulatio erscheint.[4]) Denn die Notwendigkeit dieser Konstruktion ergab sich aus dem Aktionensystem des römischen Rechts, wo aus der Eigentumsübertragung als solche – und diese war für den römischen Juristen immer der typische Fall der Schenkung – keine Klage entstand, und deshalb für das Nebengeschäft eine selbständige causa für die Verpflichtung notwendig wurde.[5]) Vielmehr ist auf die Bezeichnung als lex dicta[6]) hinzuweisen. Die lex ist eine einseitige Erklärung, genau wie die lex der gesetz-

[1]) Burckhard, Schenkungsannahme.

[2]) Prot. II, 6/7 fassen der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts folgend die Auflage als Vertrag auf.

[3]) l 10 C 8, 55.

[4]) l 22 C 8, 53; l 37 § 3 D de leg III.

[5]) Pernice Labeo III 1, S. 90 f.

[6]) z. B. l 8 D 40, 8; l 42 § 1 D 39, 6; l 33 § 1 D 39, 5; l 9; l 22 § 1 C 8, 53; l 1 C 8, 54.

gebenden Gewalt, genau wie die „Auflagen durch die bevollmächtigten Beamten" bei staatlichen Übereignungen, die die Vorbilder der leges bei der Übereignung waren.[1])

Weiterhin ist davon auszugehen, dass der Vertragscharakter nicht so fast etwas dem Begriff der Schenkung Notwendiges ist, wie z. B. beim Kauf, bei der Miete, dass vielmehr das Erfordernis der Schenkungsannahme wohl vor allem daraus abgeleitet worden ist, dass niemanden eine Schenkung aufgedrängt werden soll[2]) und dass es darum zum mindesten nicht völlig erwiesen erscheint, dass von jeher die Schenkung ein Vertrag gewesen ist.[3]) Aber selbst wenn man an der Vertragsnatur der Schenkung gar nicht rütteln will, ist darauf hinzuweisen, dass auch schon das römische Recht in Verbindung mit Verträgen einseitige Bestimmungen kennt, wie sich aus der l 26 pr. D 16, 3:

Publia Maevia .... arcam clusam .... commendavit
Gaiae Seiae et dixit ei ....

ergibt. *Paulus* sagt hier „dixit", nicht „pacta est", nicht „convenit inter eas"; ich halte es deshalb für unrichtig, wenn *Hellwig*[4]) interpretiert: „sie verabredet mit ihr"; nein, sie sagt, sie ordnet an, sie erklärt einseitig.

Hier beim depositum und dort bei der Schenkung handelt es sich um unentgeltliche Realverträge, bei ihnen soll die einseitige Anordnung des den anderen durch die res obligierenden Teils auch über den regelmässigen Vertragsinhalt hinausgehende rechtliche Verpflichtungen schaffen können.

---

[1]) Pernice a. a. O. S. 103 ff, aber auch S. 105.

[2]) Grimm J., Kleinere Schriften S. 174; denselben Gedanken bringt Cosack, Bürgerl. Recht I § 139 g wieder. Das war auch für den Entwurf bestimmend, die Schenkung als Vertrag zu konstruieren: Prot. II 5.

[3]) Pernice Ztschr. f. Rechtsgesch. n. f. Bd. 9 S. 215 ff.

[4]) Verträge S. 2.

Für das moderne Recht steht nun einerseits die Vertragsnatur der Schenkung fest; andrerseits unterliegt es auch keinem Zweifel mehr, dass durch stillschweigende Annahmeerklärung eines Vertrags dessen Perfektion erfolgen könne. So liegt es nahe, bei der Schenkung unter einer Auflage einen Auflagevertrag zu konstruieren, der neben dem Schenkungsvertrag besteht und bei dem die Annahme durch die Annahme der Schenkung stillschweigend erklärt wird.[1])

Das geschah ohne Not und in Verkennung des wahren Wesens der Auflage – vielfach auch in Anlehnung an das *Savigny*'sche System, wo die donatio sub modo in eine Schenkung und in einen Innominatkontrakt zerfällt wurde.

Richtig ist, dass die Annahme der Schenkung einen gewissen Einfluss auch auf die Auflage ausübt: sie ist als Voraussetzung der vollendeten Schenkung die Bedingung der Rechtswirksamkeit der Auflage[2]); sie enthält ausserdem, weil in ihr zugleich die Anerkennung dessen liegt, dass der Schenker eine Gunst erwiesen hat, die Anerkennung dessen, dass man dem Schenker

[1]) So für viele: Bekker, Pandekten II § 118: „stillschweigende Unterwerfung des Nehmers durch Annahme des Gebotenen in Kenntnis der Auflage und ohne Protest gegen dieselbe".

[2]) Das gab Endemann (Einführung I S. 742) dem Hellwig, Verträge S. 282 zustimmt, Veranlassung, zu erklären, dass die Auflage eine nach Art des Realvertrags erzwingbare Verpflichtung enthalte; seine Ansicht wurzelt wohl in der von Bekker Pand. II § 118 festgelegten Begriffsbestimmung der realen Auflagen; richtig ist daran nur, dass das ganze Rechtsgeschäft Schenkung unter Auflage ein Realgeschäft ist, denn die res (d. i. die vollzogene Schenkung) ist als notwendige Voraussetzung für die Entstehung der Dankespflicht Verpflichtungsgrund; die Auflage selbst aber baut erst auf diese res auf und tritt erst in Kraft, wenn zu dieser res — die für sich selbst ein Vertrag ist § 516 — noch die einseitige Auflageerklärung hinzutritt, die von der res her ihre verpflichtende Wirkung empfängt.

zu Dank verpflichtet ist und damit die Anerkennung dessen, dass man dem Auflagenrecht des Schenkers unterworfen ist. Aber eine Annahme der Auflageverpflichtung im Besonderen liegt deswegen noch nicht notwendig in ihr enthalten; vielmehr: auch wenn der Beschenkte die Auflage nicht mit übernehmen wollte, ja, wenn er ihr widersprochen hätte, wäre er trotzdem auf Grund der dem Schenker verliehenen Befugnis, und auf Grund der Auflageerklärung zur Auflageleistung verpflichtet, weil die Auflage nur ein Ausfluss des Gedankens ist, dass derjenige, der eine Gabe annimmt, zur Gegengabe verpflichtet ist. Sein Korrektiv findet dieses Recht des Schenkers in dem Erfordernis des zeitlichen Zusammenhangs zwischen Schenkung und Auflage. Bei der Entscheidung über Annahme oder Nichtannahme der Schenkung weiss der Beschenkte schon von der Auflage. Er kann sich ihr demnach dadurch entziehen, dass er die ganze Schenkung zurückweist; das ist allerdings das einzige Mittel, ihr zu entkommen. Tritt er in das Vertragsverhältnis, und damit in das Dankbarkeitsverhältnis ein, so ist er durch die einseitige Erklärung des Schenkers gebunden – ebenso wie der Erbe und der Vermächtnisnehmer durch die testamentarische Anordnung des Erblassers gebunden sind, auch wenn sie mit der Erbschafts- bezw. Vermächtnisannahme nicht im mindesten die Annahme der Auflage erklären wollten.

Nur *Förster-Eccius* hat, wie ich sehe, ausdrücklich die „Zweckbestimmungen“ als rein einseitige erklärt, wenn er sagt[1]), sie seien verbindlich, „ohne dass der

[1]) Preuss. Priv.-Recht I § 38. „Die Zweckbestimmung setzt eine Vermögenszuwendung voraus, von welcher sie zu erfüllen ist, ohne dass der Empfänger nach dem Inhalt des Geschäfts sich zur Erfüllung des Zwecks verpflichtet hat“. Vgl. aber auch den bei Pernice Labeo III

Empfänger (der Zuwendung) nach dem Inhalt des Geschäfts sich zur Erfüllung des Zwecks verpflichtet hat". Dass aber der Gedanke auch schon im gemeinen Recht wenigstens andeutungsweise vorhanden war, lässt sich vielleicht auch *Ihering*'s Worten[1]) entnehmen: „Während bei den gewöhnlichen zweiseitigen onerosen Verträgen die Konzession des Gegners es ist, welche mir den Anspruch gewährt, und meine Machtsphäre auf seine Kosten erweitert, erblickt das römische Recht in jenen Vereinbarungen (bei einseitigen liberalen Zuwendungen), obschon sie selbstverständlich nur durch Zustimmung des Gegners also durch Vertrag ihre Kraft gewinnen, nicht sowohl etwas, was der Gegner mir einräumt, als was ich mir selber vorbehalte, was ich nicht ihm, sondern mir verdanke . . . . . sein Wille tritt nicht zweimal in Tätigkeit, das erste mal, um die Sache zu erwerben, und das zweite mal um die Nebenvereinbarung zu genehmigen, sondern so, dass ein einziger Willensakt, gerichtet auf beschränkten Erwerb, genügt".

Freilich *Ihering* spricht noch von Vereinbarungen und von Vertrag, er spricht aber immerhin davon, dass der Annahmewille der Schenkung und der der Auflage

---

1 S. 1 Note 2 zitierten Satz aus Lasson, Rechtsphilosophie. — Nur für den Fall, dass die Auflage das eigene Interesse des Beschenkten verfolgt, spricht auch Cosack, Bürgerl. Recht I § 140 c aus, dass in der Annahme der Schenkung keine Übernahme der Verbindlichkeit liege. Übrigens hat auch Erxleben condictiones s. c. II S. 288/90 die verpflichtende Wirkung der Auflage auf eine einseitige Anordnung, eine lex, zurückgeführt, aber bei der Schenkung nimmt er doch eine vertragsmässige Bindung des Beschenkten an.

[1]) Jahrb. für Dogmatik 10, 350, zitiert von Kuhlenbeck, von den Pandekten zum B. G. B. I 385 bei der Behandlung des modus. Dass sich Ihering in dieser Stelle eigentlich widersprochen hat, weist schon Freisen, Vorbehalt von dinglichen Rechten S. 59,60 nach; gerade darum glaube ich diese Stelle auch für meine Ansicht in Anspruch nehmen zu dürfen.

ein einheitlicher ist, und setzt den Verpflichtungsgrund bei onerosen Verträgen (die Konzession des Gegners) und den aus Auflagen („den sich der Schenker selbst verdankt") in Gegensatz zu einander. Von da zu dem oben entwickelten allgemeineren Gedanken: Der Schenker nimmt die Schenkung an, und wenn eine Auflage gesetzt wird, braucht sich sein Annahmewille nicht darauf zu erstrecken, denn die Verpflichtung zur Auflageleistung besteht schon auf Grund der Schenkungsannahme, ist kein weiter Schritt; dieser Schritt muss aber gemacht werden, wenn man dem Auflagegedanken des neuen Rechts – im Gegensatz zu dem vielleicht engeren älteren Begriff – gerecht werden will.[1])

Dass die Auflage ein Vertrag sein müsse, lässt sich auch nicht aus § 305 B. G. B. beweisen[2]), auch wenn zuzugeben sein wird, dass die Auflage ein „reguläres" Schuldverhältnis erzeugt; denn § 305 will nur das als Regel festlegen, dass zur Verpflichtung des Schuldners nicht ein einseitiger Akt des Schuldners genügt[3]); als die Ausnahmen von § 305 werden immer nur die zwei Fälle angesehen, wo der Schuldner sich durch einseitige eigene Erklärung verpflichtet: Auslobung und Ausstellung des Inhaberpapiers.

Dass dagegen eine einseitige Erklärung des Gläubigers eine rechtliche Verpflichtung des Schuldners

---

[1]) Vgl. auch Brinz Pand. II 134: der sagt, „dass man auf der Grundlage der res den Empfänger der Sache oder Leistung ohne die Zutat einer gewissen Form zu obligieren vermag" — allerdings auch Brinz verlangt einige Zeilen vorher (stillschweigende) Annahme der Auflage.

[2]) Wie Haymann Schenkung unter einer Auflage S. 90 tut.

[3]) Vgl. E I § 342; Kommentare zu § 305; Dernburg Bgl. Recht II § 78.79; dazu Mot. II 1,2, wo ausdrücklich zugegeben wird, dass Schuldverhältnisse auch aus anderen Tatsachen als aus Verträgen, einseitigen Versprechen und unerlaubten Handlungen entstehen können.

unter Umständen herbeiführen kann, der Gedanke ist dem B. G. B. keineswegs fremd.

Der Beauftragte ist zum Beispiel, wie sich durch argumentum ex contrario aus § 665 entnehmen lässt, verpflichtet, den Weisungen des Auftraggebers zu folgen[1]); die Weisungen aber sind einseitige Erklärungen des Auftraggebers, durch die er für den Schuldner, den Beauftragten eine rechtlich erzwingbare Verpflichtung begründet; einer Annahme dieser Weisungen durch den Beauftragten bedarf es nicht.

Denselben Rechtsgedanken, dass einseitige Erklärungen des einen Teils Pflichten für den anderen Teil begründen, finden wir wieder hauptsächlich bei dem Recht der Arbeitsordnungen in Gewerbebetrieben; sie kehren ferner wieder beim Rechtsgeschäft des Konzert- und Theatervertrags: die „Hausordnungen" des Unternehmers sind für Publikum und Mitwirkende verbindlich, ohne dass es bezüglich ihrer einer Annahme durch die Schuldner bedarf – eine einseitige Anordnung des einen Vertragsteils, selbst wenn sie nach Abschluss des betreffenden Vertrags erst getroffen wäre und dem anderen Teil gar nicht sofort bekannt geworden wäre, würde dennoch rechtliche, verpflichtende Wirkung haben.[2])

In den beiden eben angeführten Kategorien von Fällen handelt es sich allerdings um Vertragsverhältnisse, bei denen von vorneherein dem einen Vertragsteil in gewisser Beziehung ein Übergewicht über den anderen gewährt ist: der Auftraggeber hat einen Einfluss, auf den für ihn, in seinem Interesse, handelnden Beauftragten; der Gewerbetreibende ist der Dienstherr seiner Arbeiter, der Konzert- und Theaterunternehmer hat in seinem Hause unbestrittenes Hausrecht – auf

[1]) Achilles B. G. B. zu § 665.

[2]) Kohler in Holtzendorf Enzyklopädie I S. 638 bez. 640.

die Vertragsverhältnisse aber gründet sich die verpflichtende Kraft ihrer Anordnungen.

Ein Analogon dazu bietet das dauernde Verhältnis, welches zwischen Schenker und Beschenktem infolge der Schenkung entsteht – es ist zwar kein rechtlich festumgrenztes Vertragsverhältnis, wohl aber ein vom Recht in verschiedentlichen Beziehungen sanktioniertes, in der Sitte wurzelndes Verhältnis der Dankbarkeit: aus diesem Verhältnis entspringt die rechtliche Wirkung der einseitigen Auflageerklärung des Schenkers.

Es soll nicht verschwiegen werden, dass die Praxis des Schenkungsrechts und der Gebrauch des täglichen Lebens die Einseitigkeit der Auflage nicht anerkennt: gewöhnlich wird die Annahme der Auflage erklärt, wenn auch nur in der Form: „X nimmt die obenstehende Schenkungserklärung in der Form, wie sie geschehen ist (also mit der Auflage) an". Der praktische Unterschied zwischen der herrschenden Meinung und der oben entwickelten Ansicht liegt im Beweisrecht: es genügt, wenn A. A. beweist, dass zwischen ihm und N. N. eine Schenkung zustande gekommen (dass also die Erfordernisse des § 516 vorliegen), dass er auf Grund dieser Schenkung geleistet hat, und dass er die Auflageerklärung dem N. N. gegenüber bei der Schenkung abgegeben hat (empfangsbedürftig ist die Auflageerklärung natürlich!) – schon dann kann er auf § 525 auf Vollziehung der Auflage klagen; dass N. N. sich bereit erklärt hat, die Auflageleistung zu machen, dafür braucht kein Beweis erbracht zu werden.

Andrerseits, wenn feststeht, dass Schenkung, Vorleistung des Schenkers und Auflageerklärung vorliegen, kann N. N. gegen die drohende Verurteilung nicht einwenden, er habe die Auflage nicht angenommen, es

hilft ihm – von weiterem abgesehen – nur der Einwand, dass eines der drei genannten Erfordernisse nicht vorliegt.

Ist aber die Auflage seitens des Beschenkten ausdrücklich angenommen, so ist daran festzuhalten, dass das ein superfluum ist, dass aber dadurch an dem Wesen der Auflage und den daraus zu ziehenden Konsequenzen nichts verändert werden kann – die Auflage ist eine wesentlich einseitige Erklärung und bleibt es. Die Annahme übt auf die Auflage ebenso wenig einen Einfluss aus, wie etwa durch die ausdrückliche Annahme einer Kündigung, deren Charakter und die Rechtsfolgen sich ändern, wenn einmal zufällig in einem Vertragsinstrument stehen sollte: „die eben erklärte Kündigung nehme ich hiemit an".

§ 11.

Keinen Beweis gegen die Konstruktion der Auflage aus der rechtlich sanktionierten Dankespflicht bieten die §§ 527 bezw. 2196 mit dem dort statuierten teilweisen Rückforderungsrecht.[1])

Man könnte sagen: war die Dankbarkeit der letzte Grund für die verpflichtende Kraft der Auflage, dann müsste, wie im justinianischen Recht, die ganze Schenkung widerrufen bezw. das ganze Vermächtnis entzogen werden[2]), wenn der Fall der Undankbarkeit durch Nichterfüllung der Auflage gegeben ist.

Vor allem ist festzustellen, dass der Gedanke der Dankbarkeitserweisung in gewissem Masse dadurch berücksichtigt ist, dass in den beiden Paragraphen nur ein Verschulden des Verpflichteten zur Rückforderung

[1]) Diese Vorschriften gelten an und für sich nur für einen Teil der Auflagen, nämlich die mit vermögenswerten Leistungen.

[2]) Vgl. dazu Savigny System III § 175.

berechtigt: das steht ausdrücklich in § 2196; es ergibt sich aber auch aus § 527 mit 325, 326 und 285, weil der Rücktritt bei gegenseitigen Verträgen nur im Fall verschuldeter Nichtleistung bezw. bei verschuldetem Verzug möglich ist.

Dass aber nur eine teilweise Rückforderung eintritt, ist ein Kompromiss mit der immerhin berücksichtigungswerten Theorie vom Haupt- und Nebenzweck, die, wie schon oben zugestanden, dem Willen des Gebers in den meisten Fällen entspricht; es ist eine Abschwächung des sonst im Gesetz deutlich ausgedrückten Konstruktionsgedankens, aber eine Abschwächung, die mit dem mutmasslichen Willen des Gebers rechnet und die deshalb wohl berechtigt ist.

Ausserdem besteht immer noch nebenbei für den Schenker die Möglichkeit des Widerrufs wegen Undanks, wenn die Umstände ergeben, dass in der Nichterfüllung der Auflage ein grober Undank liegt und das wird im Zweifel dann der Fall sein, wenn das, was in der Auflage verlangt wird, eine nur geringe Belastung für den Beschenkten ist, aber einem lebhaftem Interesse des Schenkers entspricht, und wenn der Beschenkte, sich dessen bewusst, nicht leisten will.

Das Gleiche gilt für die letztwillige Auflage, wo die Konsequenzen des § 2195 dazu führen, dass in den Fällen, die den eben genannten analog sind, eine Unwirksamkeit der unter der Auflage gemachten Zuwendung eintreten kann.

Dieser bei beiden Auflagen vorhandene, durchgreifendere Rechtsbehelf bietet somit die Möglichkeit, die dem Konstruktionsgedanken angemessene Konsequenz der Rückforderung der ganzen Zuwendung in den Fällen durchzusetzen, wo der deutliche Wille des Zuwenders den milderen Gedanken des § 527 bezw. 2196 ablehnt.

Mit den Intentionen des Gesetzgebers schliesslich, wie sie den Motiven zu entnehmen sind, lässt sich die Idee der Auflage als Ausfluss der Dankespflicht in Einklang bringen: einen entschiedenen Standpunkt einzunehmen, vermeiden die Motive geflissentlich, dass eine Verletzung der Auflagepflicht aber als Undank rechtlich betrachtet werden kann, geben sie ausdrücklich zu.[1])

Nicht auf einer Selbstbeschränkung des Willens, nicht, weil sie Voraussetzung ist, nicht auf einem Vertrag beruht die verpflichtende Kraft der Auflage, sondern auf dem aus der unentgeltlichen Zuwendung zwischen Geber und Bedachten erwachsenen Verhältnis der Dankbarkeit, und auf der infolge dieses Dankbarkeitsverhältnisses mit verpflichtender Kraft ausgestatteten Erklärung des die Auflage setzenden Gebers.

Die Auflage hat aber dabei zur rechtlichen Voraussetzung eine gültig zustande gekommene unentgeltliche Zuwendung – eine Gabe, d. i. Schenkung oder Zuwendung von Todeswegen –, ist eine solche Zuwendung nicht oder nicht wirksam zustande gekommen, dann ist von einer Auflage keine Rede: die „Schenkung" eines Kapitals an den Magistrat einer Stadt mit der Verpflichtung, das Kapital sofort ganz und gar einer Stiftung zuzuwenden; die „Schenkung" einer gewissen Summe an ein Komité zur Errichtung eines Denkmals sind keine Schenkungen; denn es fehlt das objektive Moment der Bereicherung des angeblich Beschenkten[2]); die Verpflichtungen müssen demnach auf einem anderen Rechtstitel beruhen und stehen nicht unter den Sätzen der §§ 525–527. Das Gleiche gilt z. B. dann, wenn eine nicht vorhandene Sache vermacht wurde und in

[1]) Mot. II 301/02, V 216.

[2]) O. L. G. Stuttgart Bl. für Rechtsanwendung 71, 299,300; R. G. 62, 386.

ähnlichen Fällen; sobald das Vermächtnis aus diesem Grund unwirksam ist, kann von einer gültigen Auflage keine Rede sein.

Für das moderne Recht steht aus dem Ausgeführten nunmehr auch die gemeinsame Konstruktion der beiden im Gesetze nicht zusammengefassten Auflagen fest — ein Gedanke, der in letzter Zeit einigen Zweifeln begegnete. *Bekker*[1]) schon ist dem Entwurf gegenüber skeptisch, ob Auflage oder modus bleiben sollen, *Haymann*[2]) leugnet es auf das bestimmteste, ausgehend von der Erwägung, dass die Auflage bei der Schenkung eine Schranke des Schenkungswillens zur Aufgabe habe, dass dagegen bei der letztwilligen Auflage das nicht notwendig der Fall sei.

Dass beide Auflagen gemeinsam als die Anwendungsfälle eines Rechtsgedankens aufzufassen seien, war auch in der gemeinrechtlichen Doktrin unbezweifelt, bis *Pernice* die Ungleichartigkeit der historischen Entwicklung des modus im römischen Recht nachwies.[3]) Diese Entwicklung besagt aber gegen die Gemeinsamkeit der Grundidee der Auflage im B. G. B. nichts; denn die neuzeitliche Auflage gründet sich auf einen, auch im justinianischen Recht schon bei beiden Auflagen vorhandenen und im germanischen Recht von Anfang an in dem Recht der Auflage lebenden Rechtsgedanken. Zudem ist die von *Pernice* nachgewiesene Verschiedenheit der Entwicklung eigentlich nur durch ein rein äusseres Moment bedingt: durch die Unmöglichkeit, die Auflageverpflichtung im Aktionensystem unterzubringen und durch die dadurch bedingte Notwendigkeit eines im ausserordentlichen Rechtsverfahren durch-

[1]) Pand. II § 118 Beil. II.
[2]) Schenkung unter Auflage § 6 S. 77 ff.
[3]) Labeo III 1 S. 12 ff, 32 ff.

zuführenden Rechtszwangs; nach Wegfall des Aktionensystems aber begann die Verschmelzung der beiden modus-Fälle.[1])

Die Auflage ist ein in ihrem Wesen einseitiges Nebengeschäft einer unentgeltlichen Zuwendung, durch das der Geber den Bedachten eine rechtlich erzwingbare Verpflichtung auferlegt, ohne einem Dritten ein Recht auf diese Leistung zu begründen.

§ 12.

Dadurch, dass die Auflage als einseitige Erklärung auf Grund eines gewissen Über- und Unterordnungsverhältnisses zwischen Geber und Bedachten sich gründet, ist sie, was schon erörtert, eine lex, eine Anordnung. Sie ist aber, um auf den von *Brinz* besonders betonten Gedanken näher einzugehen, keine lex rei suae dicta mehr. Das mag sie im klassischen römischen Recht gewesen sein.

Die l 17 § 4 D 35, 1:

> . . . . . ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel epulum aut opus municipibus faceret, vel ex eo ut partem alii restitueret . . . .

die beinahe wie eine Legaldefinition des modus klingt, lässt darauf schliessen, und die ganze Art, wie in den Quellen empirisch der Begriff des modus bestimmt wird, zeigt, dass es sich beim modus ursprünglich um eine Bestimmung des Gebers über das Vermögen gehandelt hat, das er zugleich aus der Hand gibt: denn fast alle die angeführten modalen Verpflichtungen enthalten eine Verwendungsbestimmung bezw. eine Zweckbestimmung der Gabe[2]); das ist aber das charakteristische Merkmal

[1]) Pernice S. 32 ff.

[2]) Vgl. für Vermächtnisse: Errichtung eines Monuments: l 80, l 27,

der lex rei suae dicta, dass sie über das eigene Vermögen dessen, der die lex setzt, nicht hinausgreift, und dass sie nur das Verhalten des mit der Zuwendung Bedachten zum Gegenstand der Zuwendung als Inhalt der durch die Auflage begründeten Verpflichtung haben kann: mit der Gabe einen gewissen Aufwand zu machen, die Gabe an einen Dritten herauszugeben, sie nicht zu veräussern u. a. m., das sind Erscheinungsformen der lex rei suae dicta, wobei es hier gleichgültig ist, ob eine nur obligatorische Verpflichtung des Empfängers begründet wird, oder ob die lex auch einem Dritten gegenüber dingliche Wirkung hat.[1])

Lex rei suae dicta in diesem Sinn ist im modernen Recht noch das Vermächtnis: einen Gegenstand des Vermögens des Erblassers soll der Beschwerte dem Vermächtnisnehmer herausgeben, oder einen fremden Gegenstand mit Mitteln der Erbschaft erwerben und dann dem Vermächtnisnehmer übertragen[2]); es handelt

---

l 40 D 35, 1; l 18 § 2 D 10, 2; l 45 D 28, 5; Errichtung von Götterbildern l 7 D 33, 1; l 38 § 2 D 34, 2; reine Verwendungsbestimmungen: l 2 C 6, 45; l 7 D 40, 5; l 37 D 35, 1; insbesondere: (ad alimenta): l 8 § 15 D 2, 15; l 20 D 34, 1; Unterstützung öffentlicher Zwecke: l 17 D 33, 2; l 30 D de leg II; Veräusserungsverbote: l 71 pr. D 35, 1; l 38 § 5 D de leg III; l 114 § 14 D de leg I; auch l 113 § 5 D de leg I und l 44 D 40, 4 lassen noch die Deutung zu, es handele sich um einen Aufwand aus dem Vermächtnis: nur einige Stellen wie l 71 § 1 D 35, 1; l 7 D 33, 1; l 1 C 6, 45 gehen über die Bedeutung der lex rei suae dicta hinaus; der Vergleich mit l 71 § 2 D 35, 1 dürfte aber vielleicht Zweifeln Nahrung geben, inwieweit hier ein technischer „modus" vorliegt. Für Schenkungen: l 2 § 7; l 33 § 1 D 39, 5; l 49, D 24, 1; l 5 § 9 D 23, 3; l 9, § 3 eod.; l 135 § 3 D 45, 1; l 1 und 2 C 8, 54; l 22 eod.; l 3 C 4, 6; l 8 C 4 64; — l 3 C 8, 54; l 22 C 8, 53 — l 7 D 19, 5; l 8 D 40, 8; l 27 § 1 D 17, 1; l 30 eod. vgl. auch Scheurl, Nebenbestimmungen S. 246/7.

[1]) Denn auch das Dammationslegat ist eine lex rei suae dicta Pernice Labeo I S. 324 Note 3. — Lammfromm Teilung etc. S. 88.

[2]) § 2169 und 2170 B. G. B.

sich um eine – direkte oder indirekte – „Zuwendung“ und zwar aus dem Nachlass.[1])

Leges rei suae dictae sind auch – hier mit Wirkung gegen Dritte und ohne notwendige obligatorische Verpflichtung des Empfängers – die Bestimmungen des Erblassers, dass seine Zuwendungen Vorbehaltsgut etc. sein sollen.[2])

Hier wie dort ist den Anordnungen die Verknüpfung mit dem Gegenstand der Zuwendung wesentlich – das ist bei der Auflage anders: die Auflageverpflichtung des modernen Rechts ist zwar durch die Wirksamkeit der Zuwendung bedingt – aber dass sie mit der Zuwendung ihrem Inhalt nach in einer Beziehung steht, ist nicht notwendig – Inhalt der Auflage ist: „Verpflichtung zu einer Leistung“ – zu einer Leistung jedweder Art; die „Gegengabe“, die „Gegengunsterweisung“ ist von der Gabe, der Gunstbezeigung dem Gegenstand nach völlig unabhängig.[3]) Wir haben somit im neuen Recht, wenn es erlaubt ist, die gemeinrechtliche Terminologie neu zu verwerten, nicht mehr eine lex donationi dicta, sondern eine lex donatario dicta, nicht mehr eine lex rei suae dicta, sondern eine den Erben bezw. Vermächtnisnehmer persönlich bindende Anordnung.

Daraus folgt auch die Unmöglichkeit durch detrahere excipere etc. an der geschenkten Sache ein Recht für den Schenker mit dinglicher Wirkung durch Auflage zu begründen, „sich vorzubehalten“; dass die Übertragung des Eigentums mit Vorbehalt eines Rechts an der übereigneten Sache zwei Rechtsakte erfordert: die Übertragung des Eigentums und dann die Bestellung des Rechtes durch den Erwerber, gilt, wie es schliess-

[1]) § 1939.

[2]) § 1369 vgl. dazu Planck.

[3]) v. Amira, Nordgerm. Obl. Recht II, 618.

lich schon für das gemeine Recht feststand[1]) auch für das B. G. B.[2]) Die Verbindung zwischen den beiden dinglichen Verträgen und zugleich die causa für die Bestellung des Rechtes kann bei der Schenkung nur die Auflage sein, die lediglich eine obligatorische Verpflichtung des Beschenkten zur Bestellung des „vorbehaltenen" Rechtes begründet. Anderes gilt nur für Bestimmungen des Schenkers über die Vererbung des geschenkten Gegenstands[3]) — es könnte mit der Auflage nur eine Verpflichtung des Beschenkten zu einer bestimmten letztwilligen Verfügung begründet werden; aber das muss im Hinblick auf den § 2302 als rechtlich unmöglich abgelehnt werden.[4])

§ 13.

Hier mag auch Gelegenheit genommen werden, von den „gesetzlichen Auflagen"[5]) zu sprechen. Man hat

[1]) Vgl. über diese Frage Freisen: Vorbehalt von dingl. Rechten.

[2]) Nur insoweit im Liegenschaftsrecht die Rechte an der eigenen Sache möglich sind, können sich gewisse Ausnahmen ergeben (vgl. insbes. § 1196, B. G. B.).

[3]) Seuff. Arch. 34, 434; darum sind notarielle Urkunden, wie sie sich noch finden: „An den geschenkten Liegenschaften sollen die etwa noch kommenden vollbürtigen Geschwister der Beschenkten von selbst und ohne besonderen Rechtsakt das Miteigentum haben, und sollen im Fall des Versterbens einer der Beschenkten die Anteile dieser Verstorbenen ausschliesslich unter den Überlebenden vererbbar und versterbbar sein ....." bei Eintritt der betreffenden Fälle nicht ohne weiteres grundbuchamtlich vollziehbar: es bedarf einer Übertragung des Miteigentums an die Nachgeborenen, ebenso müssen beim Vorhandensein anderweitiger gesetzlicher Erben der Vorversterbenden, deren Anteile von diesen Erben auf die überlebenden Anteilsberechtigten übertragen werden. Beide Übertragungen sind Gegenstand einer obligatorischen Auflageverpflichtung.

[4]) vgl. Planck Anm. 3 zu § 2302, sowie dort die Vorschrift auf einseitige Erklärungen des Schuldners für anwendbar erklärt wird, so muss ihre Wirkung auch auf unsere einseitigen Erklärungen des Gläubigers erstreckt werden.

[5]) Cosack Bgl. Recht II § 407; in der 4. Auflage hat er den betr. Passus geändert; dagegen auch Strohal Erbrecht I § 6 Anm. 9.

diesen Begriff analog dem der gesetzlichen Vermächtnisse (des Voraus in § 1932 des „Dreissigsten“ in § 1969) geschaffen und wollte darunter die Erbschaftssteuerpflicht und die Begräbnispflicht, bezw. die in § 1968 festgesetzte Kostentragungspflicht für die Beerdigung zusammenfassen. Was die Erbschaftssteuer anlangt, mit Unrecht: denn abgesehen davon, dass gar kein zwingender Anlass besteht, für die Erbschaftssteuerpflicht neben dem öffentlich-rechtlichen Titel, auf dem sie beruht, noch einen privatrechtlichen zu suchen, entfällt auch hier ein Charakteristikum der Auflage: das Fehlen eines Dritten, der die Vollziehung in seinem Interesse verlangen kann, denn der Staat hat die Möglichkeit, sein Recht auf die Erbschaftssteuer selbst auf Grund seiner Zwangsgewalt durchzusetzen, so dass auch von einer der Auflage analogen Rechtsbildung des öffentlichen Rechtes nicht gesprochen werden kann.

Ebenso liegt es mit der Verpflichtung des Erben aus § 1968: in diesem Paragraphen ist mit Wirkung auch für den Dritten, der Gläubiger der Beerdigungskosten ist, ausgesprochen, dass der Erbe diese Kosten zu tragen hat: also auch hier hat der Dritte, zu dessen Gunsten die scheinbare „Auflage“ gemacht ist, ein direktes Angriffsrecht gegen den Erben und deshalb ist auch hier die Analogie mit der Auflage nicht festzuhalten.

Zuzugeben ist andrerseits, dass in beiden Fällen dadurch eine, wenn auch entfernte, Ähnlichkeit mit der Auflage besteht, dass es sich um Verpflichtungen handelt, die dem Erben als solchen auf Grund der ihm gewordenen Vermögensmehrung und bei den Beerdigungskosten auch auf Grund des zwischen ihm und dem Erblasser bestehenden Pietätsverhältnisses obliegen.[1])

[1]) Auf diesen Zusammenhang hat für das römische Recht schon Scheurl Nebenbestimmungen S. 249 hingewiesen, der überhaupt den

Bei den Schenkungen ist keine gesetzliche Auflage die in § 419 ausgesprochene gesetzliche Haftungsübernahme des Übernehmers eines ganzen Vermögens: hier haben auch die Gläubiger („die Dritten") ein selbständiges Recht gegen den Übernehmer – dass freilich bei der Schenkung eines Vermögens die Schuldübernahme durch den Beschenkten durch Auflage ausgesprochen werden kann und dass das regelmässig geschehen wird, ändert daran nichts; der § 419[1]) lässt aber das Verhältnis zwischen Übergeber und Übernehmer – und um dieses handelt es sich bei der Schenkungsauflage allein – ausser acht. Geradeso ist es mit der in § 2385 mit § 2378 festgesetzten Pflicht des mit einer Erbschaft Beschenkten gegen den Schenker zur Erfüllung der Nachlassverbindlichkeiten – das wäre eine wirkliche Auflage, die an Stelle des Schenkers das Gesetz angeordnet hat, wenn nicht durch die Vorschrift des § 2382, der wiederum den Gläubigern ein selbständiges Recht gegen den Beschenkten gibt, ein der Auflage wesentliches Moment beseitigt würde.

„Gesetzliche Auflagen" gibt es demnach im B. G. B. keine, der Begriff der Auflage kann auf gesetzliche Verpflichtungen des Erben, Vermächtnisnehmers oder Beschenkten nicht angewandt werden.

---

letztwilligen modus mit den in tit. D 11, 7 enthaltenen Rechtssätzen in Verbindung bringt. Nähere Bestimmungen über die Bestattung kann der Erblasser in Form einer Auflage treffen. Planck Anm. 4 zu § 1968. Bez. der Feuerbestattung vgl. Hilse in Kohler's Archiv 26, 361.

[1]) Vgl. für das gemeine Recht Scheurl Nebenbestimmungen S. 256 (l 28 D 39, 5).

IV. Verwandte Rechtsbegriffe.

§ 14.

Auflage und Bedingung.

Schon die in den Quellen des römischen Rechts auftretende Zusammenstellung von condicio (Bedingung) und modus (Auflage)[1]) und die im gemeinen Recht beliebte Zusammenfassung beider Rechtsinstitute unter dem Gesichtspunkt der Nebenbestimmung hat von jeher dazu geführt, Bedingung und Auflage als einander ähnliche und doch wesentlich verschiedene Begriffe darzustellen.

Dass modus und[2]) condicio beim Vermächtnis nicht ein und dasselbe sein sollten, haben schon die Quellen selbst deutlich und öfters ausgesprochen[3]); bei der Schenkungsauflage lässt sich der Unterschied aus der Behandlung ihrer Erzwingbarkeit durch condictio des geschenkten Gegenstandes statt durch dingliche Klage schliessen.[4])

Schwierigkeiten können nur zwei Stellen bieten: die l 1 C 6, 45, wo *Gordian* sagt: Der modus adscriptus pro condicione observatur und die l 1 C 8, 55, wo bei der Auflage von alimenta für den Schenker diesem im Nichterfüllungsfall die vindicatio utilis des Geschenks zugestanden wird.

Aber trotzdem hielt schon die ältere Doktrin den Unterschied zwischen Bedingung und Auflage fest:

---

[1]) Siehe oben § 3 S. 6 d. Darstellung.

[2]) Da der modus immer auf ein Handeln oder Unterlassen geht, kann nur die Potestativbedingung mit ihm in Konkurrenz treten.

[3]) l 80 D 35, 1; l 17 § 1 D 40, 4; l 44 eod.; l 71 § 3 D 35, 1 („purum legatum").

[4]) l 5 D 12, 4; l 9 pr. D 23, 3; l 10 C 4, 6.

Lauterbach[1]) sagt: modus non facit quominus pura sit conventio und überträgt diesen Satz auch auf Vermächtnisse: die condicio suspendiert als aufschiebende Bedingung obligationem et actionem und ihr Eintritt als Resolutivbedingung „annihilat actum", so dass der Vertrag bezw. das Legat nie vorhanden waren: der modus dagegen suspendiert nicht, er bildet höchstens beim Legat ein aufschiebendes Hindernis für die solutio, die Bezahlung, bis die Kaution gestellt ist, und durch seine Nichterfüllung wird höchstens ex postfacto das Legat unwirksam. Deshalb erklärt er auch die Benennung des modus mit condicio als „abusive" und die vindicatio utilis in l 1 C 8, 55 als eine Besonderheit, die durch die wichtigen Interessen des Schenkers an den Alimenten gerechtfertigt werde.

Das Gemeinsame sieht er in der Beziehung beider auf die Zukunft und in ihrer necessitas implendi; das sei auch der Sinn des l 1 C 6, 45.

Bei Legaten vermutet er im Zweifel Vorhandensein eines modus, weil der Testator „magis honorasse quam onerasse praesumitur".

Mit dieser Ansicht deckt sich die *Kreittmayr*'s.[2]) Auch *Leyser* hält den Unterschied fest: zwar spricht er[3]) davon, dass in jeder donatio sub modo eine tacita lex

---

[1]) Thes. S. 490, 1211; Coll. No. 88 zu D II, 14; No. 18 zu D XXXV, 1; vgl. aber auch Carpzov, opus responsorum lib. VI tit. 3 resp. 22 no. 2 der Resolutivbedingung und causa finalis nicht auseinander hält, „quia causa finalis tacitam in se continet condicionem" und auf der andern Seite lib. V tit. 7 resp. 61 und 17/18, wo er das pactum de retrodonando (d. i. seinem Wesen nach eine richtige Auflage) dem pactum de revocando entgegensetzt und von ersterem sagt: „donationem non rescindit nec alterat etiam" . . . .

[2]) Anmerkungen III Kap. 3 § 11.

[3]) Meditationes vol. V und VI S. 1241.

commissoria liege, aber er setzt andererseits[1]) den modus, den er allerdings, wie es scheint, wie das preussische Recht auf Leistungen im Interesse nur des Bedachten beschränkt wissen will, der condicio resolutiva entgegen; er prägt sogar den Satz:[2]) „multum interesse inter modum et condicionem et tirones norunt".

Vor ihnen allen hatte schon *Mevius*[3]) einen Unterschied zwischen Resolutivbedingung und modus gemacht; von ersterer behauptet er: „Ea deficiente ipsa deficit (sc. conventio)" wogegen er feststellt: „Secus est in modo, cuius defectus non similiter extinguit aut infirmat contractum".

Glück[4]) fügt noch hinzu, dass auf Erfüllung des modus geklagt werden könne, während die Bedingung im allgemeinen keine Verbindlichkeit auferlege und konstatiert nur eine gewisse Gleichbehandlung des modus und der Resolutivbedingung. Auch er will im Zweifel schon den modus präsumieren, weil er die Gültigkeit des Geschäfts weniger beeinflusse, oder, wie man später durchwegs sagte[5]) nach dem Satze semper in obscuris, quod minimum est, sequimur.[6]) Andrerseits aber kann nach seinen Ausführungen der modus auch eine Bedingung involvieren (modus mixtus) und dann gelte die Regel von der Bedingung.

Diese Lehre übernahmen *Savigny*[7]), der den Satz aussprach: „Die Bedingung suspendiert, zwingt aber

---

[1]) eod. S. 900.

[2]) eod. S. 904.

[3]) Jurisdictio III dec. 355 (S. 460).

[4]) Pandekten IV § 33; 41 § 1465.

[5]) So viel ich sehe mit alleiniger Ausnahme von Arndts Pand. § 74 Note 4. Die Anschauung wird in gewissem Sinn auch gestützt durch l 8 D 28, 7, wo eine Bedingung fast in einen modus umgedeutet wird.

[6]) l 9 D 50, 17.

[7]) System III, § 128.

nicht, der modus zwingt, suspendiert aber nicht", und viele andere gemeinrechtliche Theoretiker.[1]) Wenn *Brinz*[2]) den Unterschied zwischen Nebengeschäft und Nebenbestimmung in dem direkten Zwang aus dem ersteren, und dem indirekten Zwang aus der letzteren erkennt, so drückt er damit den gleichen Gedanken aus.

Der Unterschied zwischen modus und aufschiebender Bedingung blieb immer anerkannt: der Mangel des Suspensiveffekts bei der Auflage blieb das kennzeichnende Merkmal. Aber auch die Kautionspflicht, die allerdings die Möglichkeit, das Vermächtnis sofort einzuklagen, suspendierte, wurde von der Bedingung unterschieden, weil sie nur das protinus agere unmöglich mache, nicht den Rechtserwerb selbst in Frage stelle.[3])

Der Unterschied zwischen modus und Resolutivbedingung wurde etwas unklarer erst von dem Zeitpunkt an, wo man entgegen der bisherigen herrschenden Meinung die dingliche Rückwirkung des Eintritts der Resolutivbedingung zu leugnen begann und nur eine obligatorische Wirkung dieses Ereignisses annahm[4]), denn damit fiel der in der älteren Doktrin festgehaltene Unterschied der beiden.[5]) Eine Gleichstellung ist aber auch da im gemeinen Recht nicht erfolgt, weil man (spätestens seit Savigny) die direkte Klage auf Erfüllung der modus-Verpflichtung anerkannt hatte, welche Wirkung der Bedingung nach wie vor fehlte.[6])

[1]) Arndts Pand. § 74; Böcking Pand. I § 115.

[2]) Pand. IV S. 229.

[3]) Statt aller Scheurl Nebenbestimmungen S. 253; Unger, österr. Priv.-Recht VI § 18 (Gegensatz von Existenz und Consistenz des Rechtsgeschäfts).

[4]) Über diese Entwicklung vgl. Windscheid Pand. I § 91 Note 3; Regelsberger Pand. § 156.

[5]) Vgl. hierher noch Bay. Landrecht IV 1 § 8 Note 8 und die oben angeführten Stellen von Lauterbach.

[6]) Am weitesten geht wohl Erxleben condictiones s. c. II, S. 261/62,

Folgerichtig konnte und musste der Unterschied in der Wirkung der beiden ganz unterdrückt werden, wo einmal die dingliche Rückwirkung der Resolutivbedingung nicht anerkannt wurde, andrerseits aber eine Klage auf Erfüllung des Endzwecks nicht zugelassen wurde — so im Allgemeinen Landrecht[1]) bezüglich des „Endzwecks" bei Geschäften unter Lebenden und von Todeswegen.

Dasselbe gilt vom österreichischen Gesetzbuch. Auch hier ergibt sich die Vorschrift, dass der Auftrag des Erblassers als eine auflösende Bedingung anzusehen sei[2]) — welche Vorschrift auch auf die unentgeltlichen Verträge anzuwenden ist[3]) — aus der Wirkung der Resolutivbedingung ex nunc[4]), wenn auch hier die Erfüllungsklage anerkannt wird und somit das zweite Unterscheidungsmerkmal noch besteht.

Dass aber in den beiden Rechten, die positiv modus und Resolutivbedingung zu vereinigen suchen, der Unterschied zwischen beiden nicht untergegangen ist, dafür ist charakteristisch, dass nur die verschuldete Nichterfüllung der Auflage die Wirkung einer Resolutivbedingung haben soll und dass bei unverschuldeter Unmöglichkeit, wenn auch eine Erfüllung per aequipollens nicht möglich ist, der Bedachte seine Zuwendung behält.[5]) Dass der modus wirklich zu einer Resolutivbedingung geworden

---

der den modus die bedingende Voraussetzung der Schenkung bezw. des legatum sein lässt, und den „Bestand" der Zuwendung durch die Erfüllung des modus „bedingt" nennt.

[1]) I 4 § 115, 116; 154, 156; I 12, § 510. Dernburg, Preuss. Priv.-Recht I § 93, Förster-Eccius, Preuss. Priv.-Recht I § 38.

[2]) § 709, 710.

[3]) § 901 Satz 3.

[4]) § 696; Unger, österr. Priv.-Recht VI § 18 — wenigstens bei letztwilligen Auflagen.

[5]) A. L. R. I 12, § 511—513; Förster-Eccius IV § 250; österr. Gesetzbuch § 710; Unger, österr. Priv.-Recht II § 99, 3 VI, § 18.

ist, wird im österreichischen Recht übrigens von der Theorie ausdrücklich abgelehnt.[1])

Für das geltende Recht lassen sich bei Vergleichung der Bedingung und der Auflage kaum neue Gesichtspunkte finden.

Mit der Bedingung im allgemeinen hat die Auflage das gemeinsam, dass derjenige, der Bedingung oder Auflage setzt, die Wirksamkeit seiner Willenserklärung mit etwas Ungewissem, Zukünftigem in Verbindung bringt — dieses Zukünftige ist bei der Bedingung irgend ein Ereignis irgend welcher Art, dessen Eintritt oder Nichteintritt auf die Wirksamkeit der Willenserklärung von entscheidendem Einfluss ist — dieses Ereignis kann in einer Handlung des Anderen am Geschäft Beteiligten[2]) bestehen. Die Auflage dagegen fordert, dass das Zukünftige eine Handlung, eine Leistung des Geschäftsgegners sei; ob sie erfolgt oder nicht, ist im Allgemeinen für das Grundrechtsgeschäft ohne Bedeutung.

Beide sind Nebenerklärungen: d. h. sie sind Erklärungen, die in der typischen Form des Rechtsgeschäfts sich nicht finden, die nicht notwendiges Erfordernis des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes sind — aber die Bedingung ist Nebenbestimmung: sie ändert die Naturalien des Geschäfts ab; darum tritt sie auch mit der Willenserklärung in eine organische, unzertrennliche Verbindung: ohne ihr Hinzutreten wäre die Erklärung eine ganz andere; ihre Wirkungen mit der Bedingung sind von denen ohne die Bedingung verschieden: es entsteht ein Schwebezustand, der der reinen Willenserklärung fremd ist. Das Nebengeschäft der Auflage dagegen lässt die

[1]) Unger, Österr. Priv.-Recht II § 99 bei der Behandlung der unsittlichen Auflagen.

[2]) Der Kürze halber sei darunter auch der Bedachte einer letztwilligen Zuwendung verstanden.

Wirkungen des Grundgeschäfts unberührt; im Gegenteil, die Wirkungen der Auflage sind durch die Wirksamkeit des Grundgeschäftes bedingt.

Mit der aufschiebenden Bedingung hat die Auflage sonst nichts gemein: eine aufschiebende Wirkung auf das Rechtsgeschäft übt sie nicht aus: ihre Rechtswirkungen treten vielmehr erst ein, wenn das Grundgeschäft selbst in Wirksamkeit getreten ist.

Aber auch von der auflösenden Bedingung, die auf eine Handlung des Geschäftsgegners abgestellt ist, ist die Auflage in ihrer Wirkung verschieden, denn bei Nichterfüllung der Bedingung endigt immer die Rechtswirkung des Geschäfts[1]), bei der Nichterfüllung der Auflage bleibt im allgemeinen das Grundgeschäft in Kraft; dafür hat der die Auflage Setzende eine Klage auf Erfüllung der Auflage, während zur Erzwingung der durch die Bedingung gewollten Handlung keine Klage gegeben ist. Erst wenn die Klage auf Erfüllung versagt, und dieses Unterscheidungsmerkmal zwischen der Auflage und der potestativen Resolutivbedingung entfällt, ist eine Annäherung zwischen beiden möglich:[2]) § 2195 drückt das aus; aber notwendig ist die Vermischung von Bedingung und Auflage auch hier noch nicht: sie muss vom Erblasser gewollt sein, sonst tritt sie nicht ein. Das ist eine Konzession an den Willen des Erblassers, der in Kraft bleiben soll, auch wenn er nicht den Weg gewählt hat, ihn durchzusetzen, der ihm eigentlich gegeben war.[3])

Denn tatsächlich kann der Geber einer unentgeltlichen Zuwendung zwei Rechtsbehelfe wählen, um den

[1]) § 158 Abs. 2.

[2]) So auch Strohal Erbrecht I S. 265 Note 32.

[3]) Die Vorschrift mag als Analogie der, wie oben erörtert, im gemeinen Recht beliebten Anwendung der l 9 D 50, 17 auf die Auflage betrachtet werden.

Bedachten zu einer Leistung zu zwingen; die Auflage und die auflösende Potestativbedingung; bei ersterer hat er ein direktes Zwangsmittel durch die Klage auf Erfüllung; bei letzterer hat er ein indirektes, aber um so radikaleres Mittel sein Recht durchzusetzen; die Geltendmachung des Eintritts der Bedingung und des damit verbundenen Verlusts der Zuwendung; welches der beiden er wählen will, liegt in seinem Belieben; welches von beiden er gewählt hat, und welches geltend gemacht werden kann, unterliegt im Einzelfall der freien Auslegung des Tatbestands durch den Richter; nicht die äussere Form, in der die Erklärung erfolgt, gilt,[1]) sondern nur darnach muss unterschieden werden, ob der Wille des Gebers vor allem auf die Schaffung einer rechtlichen Verpflichtung für den Bedachten ging, oder ob es ihm auf eine so enge Verbindung zwischen Gabe und Leistung ankam, dass die Nichterfüllung die Auflösung des ganzen Geschäfts rechtfertigt, und ob es zum Ausdruck kam, dass der Geber eine Nebenbestimmung oder ein Nebengeschäft erklären wollte; denn darin, dass einmal eine in das Geschäft aufgenommene und dessen gewöhnlichen Inhalt ändernde Erklärung abgegeben, und das andere Mal eine neben dem Geschäft stehende, auf diesem fussende Anordnung getroffen wurde, liegt der wesentliche Unterschied zwischen Bedingung und Auflage.

Dass die Auflage selbst eine Bedingung involviere, wie *Glück*[2]) bezüglich des modus mixtus behaupten wollte, lässt sich nicht halten — diese Fälle sind viel-

[1]) ut oder ne bei Lauterbach und Kreittmayr; im Deutschen: Unger I § 84. Vgl. auch l 80 D 35, 1 — z. B.: eine Schenkung unter der Bedingung, dass der Beschenkte eine Studienreise davon macht, wird wohl als Auflage angesehen werden müssen.

[2]) Pand. IV § 33: Als Beispiel: Versprechen einer Schenkung an eine Frauensperson zum Heiratsgut.

mehr bedingte Auflagen; denn die Auflage verträgt als Nebengeschäft wie jede Willenserklärung Bedingung und Befristung.

§ 15.
Auflage und Gegenleistung.

Der Unterschied zwischen Auflage und Gegenleistung kann nur bei der Schenkungsauflage festgestellt werden, da ja bei den letztwilligen Verfügungen begriffsgemäss von einer Gegenleistung keine Rede sein kann.

Die Untersuchung dieses Unterschieds wurde durch die Annahme der *Savigny*'schen Theorie von der Zerlegung der donatio sub modo in Schenkung und entgeltliches Geschäft hintangehalten: nach der Theorie von der Aequivalenz, wie sie für das entgeltliche Geschäft herrschte, suchte man die Grenzlinie zwischen den beiden Geschäften zu ziehen.

Erst als man die *Savigny*'sche Ansicht zu bekämpfen begann, war man gezwungen, den Unterschied zu präzisieren: so sah ihn *Lammfromm*[1]) in der Verschiedenheit des mit der Gabe verfolgten Zwecks: beim Umsatzvertrag und der Gegenleistung ist dieser Zweck ein egoistischer: Erreichung einer höheren Gegengabe; bei der Schenkung unter Auflage ist er altruistisch: Vermögensvermehrung des Beschenkten und Erreichung der Auflageleistung. *Haymann*[2]) dagegen sah ihn in der verschiedenen Aufgabe der Auflage und der Gegenleistung: die erstere soll die gemachte Zuwendung einschränken, und damit dem Zuwendenden etwas zurückbringen, was er ohne die Zuwendung gar nicht verloren hätte, während die Gegenleistung, die der Leistung selbständig gegenübersteht, den Gewinn eines, neu in

[1]) Teilung etc. etc. S. 131.

[2]) Schenkung unter Auflage S. 56/58.

das Vermögen des Zuwendenden gelangenden Ersatzes für die Zuwendung bildet.

Man muss, um einen Unterschied zu finden, davon ausgehen, was die Rechtsfolgen der Ausbedingung einer Gegenleistung und die der Auflage sind. Bei dem auf Gegenleistung gehenden (also nach unserer oben entwickelten Ansicht entgeltlichen) Vertrag ist die Rechtsfolge Klage auf Erfüllung der Gegenleistung und, wenn der Vertrag als gegenseitiger geschlossen ist: Schadensersatz wegen Nichterfüllung bezw. Rücktritt vom Vertrag und dann Herausgabe der ganzen empfangenen Leistung; ist der Vertrag, was auch möglich ist, als unbenannter Realkontrakt geschlossen, so hat der Leistende neben der Klage auf Erfüllung den Anspruch auf Herausgabe der ganzen Leistung nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung ohne Rücksicht auf den Grad des Verschuldens des Vertragsgegners – das ist das geringste Mittel zur Erzwingung der Gegenleistung.

Der Schenker dagegen hat neben der Klage auf Erfüllung nach § 526 nur die Klage auf Herausgabe dessen, was zur Erfüllung der Auflagepflicht hätte verwendet werden sollen, auch das nur im Fall des Verschuldens des Beschenkten; nur als ganz ausserordentliches Hilfsmittel aber und nur im Falle schwersten Verschuldens – bei grober Undankbarkeit – kann er eventuell die ganze Schenkung als ungerechtfertigte Bereicherung zurückfordern.

So hat auch hier der Geber einer Zuwendung zwei Mittel, seinen Zweck zu erreichen – ein wirkungsvolleres: die Ausbedingung einer Gegenleistung – dann ist die Zuwendung eine entgeltliche – und ein weniger wirkungsvolles: die Auflage, wenn die Zuwendung eine unentgeltliche bereichernde, also eine Schenkung ist. Diesem Unterschied entspricht es, wenn bei ersterem

die vertragsmässige „Konzession“ [1]) des Gegners notwendig ist, und bei der Auflage die einseitige Erklärung des Auflageberechtigten genügt.

Ob im einzelnen Fall eine entgeltliche Zuwendung oder eine Schenkung unter Auflage vorliegt, kann zweifelhaft sein. Der Tatbestand kann nur als Schenkung unter Auflage aufgefasst werden, wenn der Belastete seine Zustimmung zur Auflage bestreitet, dann muss aber der Gegner das Vorhandensein der Erfordernisse des § 516 nachweisen können. Da aber, wie schon angeführt, die Auflageerklärung häufig noch von Beschenkten angenommen wird, ist dieses Kriterium nicht immer untrüglich: dann gibt, wenn die Zuwendung objektiv als Schenkung aufgefasst werden kann, weil sie die Gegenleistung an Wert übersteigt, und nur über die Einigung über die Unentgeltlichkeit Streit besteht, den einzigen Masstab das Interesse ab, das der Berechtigte an der Leistung des Verpflichteten hat und wie es bei der Zuwendung zu Tage trat – dem lebhafteren Interesse gebührt der wirksamere Schutz; dabei bieten die objektiven Wertbestimmungen von Zuwendung und Leistung einen gewissen Anhaltspunkt [2]); die Bezeichnung des Rechtsgeschäfts als Schenkung bezw. als Tausch etc. ist nicht bindend, weil verschiedene Gründe hier zum Abschluss von Scheingeschäften veranlassen können.[3])

§ 16.

Auflage und Rat oder Empfehlung.

Schon die Quellen des römischen Rechts schieden den modus von dem nudum praeceptum und suchten

[1]) Ihering in Jahrb. f. Dogmatik X, 350.

[2]) So Dernburg Bürgerl. Recht II, 2 S. 135; R. G. 60, 240.

[3]) Verschiedenartige Steuerberechnung (R. G. 60, 240); Verbot einer unentgeltlichen Veräusserung etc. etc.

den Unterschied nach objektiven Gesichtspunkten festzulegen.[1]) Dass eine nahe Verwandtschaft zwischen den beiden bestand, erkannte auch die gemeinrechtliche Theorie an; sie benannte die beiden als Erscheinungsformen desselben Rechtsgedankens mit modus simplex (Rat, Empfehlung) und qualificatus (Auflage).[2])

Tatsächlich ist die Verwandtschaft zwischen beiden eine sehr enge. Bei beiden äussert der Geber der Zuwendung ein Verlangen an den Bedachten, bei beiden stützt er sich, wenn er das Verlangen stellt, auf seine durch die Zuwendung gewonnene Autorität gegenüber dem Bedachten, und bei beiden ist es im letzten Grund die Dankbarkeit und Pietät, die den Bedachten zur Erfüllung des geäusserten Wunsches verpflichtet. Der Unterschied liegt nur in der rechtlichen Erzwingbarkeit der Auflage; Wunsch, Rat und Empfehlung sind für das Recht als solche belanglos.

Auch hier gibt also nur die Wirkung der beiden ein Unterscheidungsmerkmal und daraus, welche Wirkung gewollt ist, muss im einzelnen Fall geschlossen werden, um was es sich handelt. Was nicht Gegenstand rechtlicher Verpflichtung sein kann, kann natürlich auch in der Form der Auflage Rechtens nicht erzwungen werden; das ist das einzige objektive Merkmal, das wenigstens in einem Teil der Fälle Hilfe bringt — sonst aber ist nur der Wille des Zuwendenden massgebend — ob dieser eine rechtliche Verpflichtung begründen wollte, als er die Auflage setzte, oder ob es sich ihm nur um eine weniger verbindliche Willensäusserung handelte. Die Entscheidung ist nach den Umständen des einzelnen Falls zu treffen.

[1]) l 114 § 14 D de leg I; l 7 D 33, 1; die Auflagen nur im Interesse des Testators sollten nuda praecepta sein.

[2]) Glück, Pandekten IV § 33.

§ 17.

Auflage und Vermächtnis, Auflage und Vertrag zu Gunsten Dritter.

Auflage und Vermächtnis berühren sich in gewissem Sinn: man kann eine Reihe Leistungen sowohl durch Auflage als durch Vermächtnis anordnen: hier ist massgebend, dass das Vermächtnis dem Dritten ein Recht gibt, die Leistung zu verlangen, dass dagegen der Dritte im Fall der Anordnung durch Auflage kein Recht hat, die Leistung für sich zu fordern. Der Dritte (Vermächtnisnehmer) ist dem Vermächtnis wesentlich; er muss deshalb bestimmt sein, oder wenigstens einigermassen fest bezeichnet werden; es können auch mehrere genau benannte Persönlichkeiten sein, innerhalb deren noch eine Wahl zu treffen ist.[1]) Nicht so bei der Auflage: ist ihr Zweck bestimmt und damit die Art der Leistung festgelegt, kann der Erblasser die Bestimmung der Person des Begünstigten einem anderen überlassen[2]), denn der dritte Begünstigte ist bei der Auflage nebensächlich und unwesentlich; Anordnungen zu Gunsten einer vollständig unbestimmten Person (z. B.: für einen armen Studenten), können demgemäss nur Auflagen sein und nie Vermächtnisse.

Ein zweiter Unterschied liegt in dem Gegenstand der Verpflichtung: das Vermächtnis ist eine Zuwendung aus dem Vermögen des Erblassers[3]); die Befriedigung des Vermächtnisses hat demnach immer aus dem Nachlass zu erfolgen, und auch beim Verschaffungsvermächtnis handelt es sich um eine Disposition über Nachlassmittel: insofern ist das Vermächtnis eine lex rei suae dicta,

[1]) § 2151.
[2]) § 2193.
[3]) § 1939.

wie schon oben ausgeführt wurde. Gegenstand der Auflageverpflichtung dagegen kann auch irgend eine Leistung sein, die mit dem Nachlass als solchem in gar keiner Beziehung steht, – die vielleicht gar keinen Vermögensaufwand erfordert – derartige Verpflichtungen können demnach nur durch Auflage begründet werden; in diesen Fällen ist ein Vermächtnis unmöglich.

Aus der Auflage kann der Dritte kein selbständiges Recht erwerben, auch bei der Schenkungsauflage ist das ausgeschlossen: soll er ein Recht haben, dann kann nicht eine (wesentlich einseitige) Auflage der Grund sein, sondern es muss ein Vertrag geschlossen sein – ein Vertrag zu Gunsten Dritter. Dann aber ist das Rechtsgeschäft entweder keine Schenkung mehr – denn die Leistung an den Dritten stellt die Gegenleistung des angeblich Beschenkten dar und wir haben dann ein entgeltliches Rechtsgeschäft – oder aber, es liegt eine wirkliche Schenkung vor, weil die zur Entgeltlichkeit notwendige Beziehung zwischen Leistung und Gegenleistung fehlt: dann aber muss, soll der Dritte ein selbständiges Recht haben, das Vorhandensein eines Nebenvertrags zur Schenkung feststehen, in dem der Schenker sich ein Versprechen zu Gunsten des Dritten ausbedungen und der Beschenkte ein Versprechen zu Gunsten des Dritten abgegeben hat, – dieser Vertrag wäre dann durch die Schenkung in seiner Wirksamkeit bedingt; ohne Feststellung eines Vertragsabschlusses aber ist dem Dritten kein selbständiges Recht gegeben, und nur für den Fall eines Vertrags kann die Vermutung des § 330 Anwendung finden. Dann aber sind auch die Rechtswirkungen nicht die der Auflage eigentümlichen, sondern es gelten die allgemeinen Regeln (§ 527 Abs. 2).

§ 18.
Auflage und „Bestimmung".

Nach § 1369, 1440, 1553 kann der Schenker bezw. der Erblasser „bestimmen", dass die Zuwendung, die er einem Ehegatten macht, Vorbehaltsgut bezw. eingebrachtes Gut sein soll; ebenso kann er nach § 1638 und 1651 „bestimmen", dass seine Zuwendung an ein Kind der Verwaltung bezw. Nutzniessung des Inhabers der elterlichen Gewalt entzogen sein soll.

Beide Arten von Bestimmung sind reine leges rei suae dictae im engsten Sinn: sie haben unmittelbare dingliche Wirkung[1]): die betreffenden Zuwendungen haben mit Wirksamkeit für und gegen alle die ihnen in der Bestimmung verliehene Eigenschaft, dass auf sie gewisse Verfügungsbeschränkungen des Ehegatten oder des gewaltunterworfenen Kindes keine Anwendung finden. Die Bestimmungen sind Nebenbestimmungen: sie haben, wenn sie durch letztwillige Verfügung geschehen, allerdings denselben formell selbständigen Charakter, wie die Auflage, sie sind aber ebenso, wie diese von einer Zuwendung von Todeswegen abhängig und damit wesentlich unselbständig. Sie sind auch einseitige Erklärungen: sie bedürfen keiner Annahme, eine Annahmeerklärung kann nach Umständen sich als Gegenleistungsversprechen darstellen und die Unentgeltlichkeit der Zuwendung aufheben.

Was sie aber wesentlich von der Auflage scheidet, ist, dass sie den Empfänger nicht obligatorisch binden: die Ehegatten, das Kind, das in diesem Fall durch einen Pfleger sich vertreten lassen müsste, können die Sondereigenschaft (durch Ehevertrag, durch Vertrag mit dem

[1]) Vgl. auch zum Folgenden Planck zu § 1369.

Gewalthaber wieder aufheben[1]): niemand kann von ihnen verlangen, dass sie die Bestimmung nicht durch eine entgegenwirkende Verfügung unwirksam machen. Will der Geber das verhüten, so muss er die Bestimmung, die nur der Verfügungsgewalt über das eigene weggegebene Vermögen entspringt, durch eine potestativ gefasste Resolutivbedingung festigen, sodass die Zuwendung mit einer Zuwiderhandlung des Bedachten unwirksam wird. Es steht ihm aber auch, das, wie wir gesehen haben, weniger radikale Mittel zur Verfügung, die Gebundenheit der Bedachten durch eine Auflage[2]) zu schützen, die ihm dann die Möglichkeit gibt, die Erhaltung seiner Bestimmung von dem Bedachten zu verlangen; dann fügt er zur Verfügung über sein Vermögen noch den Befehl an den von ihm Begünstigten, der neben die dingliche Wirkung der Bestimmung auch die obligatorische Verpflichtung setzt, die dingliche Wirkung nicht aufzuheben.

Die Bestimmungen in § 2050 bezw. § 2315 (etwas zur Ausgleichung zu bringen, bezw. sich auf den Pflichtteil anrechnen zu lassen) sind deswegen keine Auflagen, weil hieraus für Dritte Rechte entstehen.

§ 19.
Auflage und Auftrag.

Schon sprachlich stehen sich die beiden Begriffe Auflage und Auftrag nahe, wenn man auf die Grundbedeutung der Worte zurückgehen will. Die Verwandtschaft ist auch eine sachliche.[3])

[1]) Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts wäre nach § 1822 Ziff. 1 erforderlich.

[2]) Das erwähnt Planck a. a. O. nicht.

[3]) Auf den Zusammenhang weist schon Haymann, Schenkung unter Auflage S. 60/61 hin. Erxleben condictiones sine causa II S. 215 ff.

Beim Auftrag[1]) ist Gegenstand der Verpflichtung Geschäftsbesorgung für einen andern.[2]) Das kann auch Gegenstand der Auflageverpflichtung sein — denn der Geber der Zuwendung kann dem Bedachten eine Geschäftsbesorgung in seinem (des Gebers) Interesse auferlegen.

Freilich ist damit nur etwas dem Auftrag in tatsächlicher Hinsicht Analoges zu erreichen; rechtlich bestehen grosse Differenzen. Denn abgesehen von der Form des Rechtsgeschäfts — der Auftrag ist immer Vertrag, die Auflage nie — lassen sich mit der Auflage nie die rechtlichen Wirkungen erzielen, die mit dem Abschluss des Auftrags ex lege eintreten: die sämtlichen in §§ 665, 666, 667, 668 ausgesprochenen Grundsätze für die Verpflichtung des Beauftragten finden auf die Auflage nur Anwendung, wenn sie in die Auflagenanordnung ausdrücklich aufgenommen wurden; von Verpflichtungen des „Auftraggebers" vollends kann bei der Auflage keine Rede sein.[3])

Und doch ist die Auflage berufen, den Auftrag in einem gewissen Fall zu ersetzen: beim mandatum post mortem, das ist der Auftrag, bei dem beim Vertragsabschluss unter Lebenden als Zeitpunkt der Ausführung des Auftrags die Zeit nach dem Tode des Auftraggebers bestimmt war, insbesondere dann, wenn Gegen-

wurde durch diesen Zusammenhang sogar veranlasst, die Auflage als einen Mandatsfall zu erklären.

[1]) Mag er entgeltlich (§ 675) oder unentgeltlich sein.

[2]) § 662.

[3]) Was im einzelnen Fall anzunehmen ist, ist Sache der freien Auslegung des Rechtsgeschäfts durch den Richter; die Entscheidung hängt wesentlich davon ab, ob der Geschäftsherr bezw. Schenker die stärkere Bindung aus dem Auftrag oder die gelindere aus der Auflage wollte — dies alles unter der Voraussetzung, dass der Bedachte die Auflage angenommen hat und somit ein Vertrag zustande gekommen ist, was sonst nicht notwendig ist (vgl. auch Haymann, Schenkung unter Auflage S. 62).

stand der Auftragsverpflichtung eine Verfügung über das Nachlassvermögen ist. Das Rechtsgeschäft ist in diesem Fall sachlich eine Verfügung von Todeswegen: es wird mit Wirksamkeit vom Tode des Verfügenden an über sein Vermögen Bestimmung getroffen; in dem Moment aber, wo der Auftrag wirksam wird, steht das Vermögen nimmer bei dem Verstorbenen, sondern bei dessen Erben. Dem Erben gegenüber aber kann der Verstorbene nur mittels einer formellen letztwilligen Verfügung Vermögensdispositionen treffen. Ist mit dieser Vermögensdisposition eine Zuwendung an einen Dritten gewollt, dergestalt, dass der Dritte selbst ein Recht haben sollte, oder war mit anderen Worten der Auftragsvertrag als Vertrag zu Gunsten des Dritten gemeint, dann muss ein Vermächtnis, sonst eine Auflage angeordnet werden.[1]) Freilich ist in letzterem Fall der Kreis der Beauftragten beschränkt; die Auflage kann nur dem Erben oder Vermächtnisnehmer gesetzt werden; innerhalb des durch die obigen Ausführungen bestimmten Rahmens aber ist die Auflage die einzige Möglichkeit, einem letztwilligen Auftrag über den Tod des Auftraggebers hinaus Wirksamkeit zu verleihen und dem Erben und Vermächtnisnehmer gegenüber hat jede letztwillige Auflage den Charakter eines Auftrags, denn die Auflageleistung geschieht immer im Interesse des Erblassers als Auftraggebers.[2])

---

[1]) So schon R. G. 42, 133 für das alte, Bay. Obst. L. G. im Recht 04 S. 530 (Entsch. Samml. 5, 431 ff.) für das neue Recht. Zu diesem Ergebnis muss schon die Erwägung führen, dass sonst mit unkontrollierbaren formlosen Auftragsverträgen die Formvorschriften für die letztwilligen Verfügungen umgangen werden können.

[2]) Die Verwandtschaft zwischen Auftrag und letztwilliger Auflage spiegelt sich schon in: l 12 § 17 D 17, 1; l 9 § 1 D 23, 3; l 18 § 2 D 39, 6 u. a. Vgl. auch die Terminologie des Österr. Gesetzbuchs § 709 („Auftrag").

§ 20.
Auflage und Stiftung.

Die Stiftung steht mit der Auflage in einem engen historischen Zusammenhang und für das moderne Recht in scharfem Gegensatz, wenn auch eine Art Zwischenglied an die alte Verwandtschaft erinnert.

Den noch unentwickelteren Rechten ist der Begriff der Stiftung als juristischer Person etwas fremdes. Vermögensgegenstände konnten nur im Eigentum von Privatpersonen oder höchstens im Eigentum von corporativen Personenverbänden stehen, allenfalls konnte die Gottheit, ein Heiliger, eine Kirche Eigentum an einer Sache haben; reine Vermögensgesamtheiten zu personifizieren, aber blieb der späteren Rechtsentwicklung vorbehalten.

Wollte man demnach ein Vermögen dauernd einem bestimmten Zweck zuführen, so blieb nur die Möglichkeit, dieses Vermögen einer der genannten Vermögenssubjekte mit unbegrenzter Lebensdauer zu übertragen und zur Befolgung des Zweckgedankens diese Persönlichkeit zu verpflichten – dazu aber eignete sich vor allem die Auflage; sie war das einzige Mittel zur Errichtung einer „Stiftung", wo die Vermögenszuwendung eine unentgeltliche war; das aber war sie wohl in den allermeisten Fällen, wenn nicht in allen; denn die Zwecke zu denen man stiftete, waren ursprünglich ausschliesslich wohltätige, religiöse oder gemeinnützige, die an und für sich den Stempel der Liberalität trugen.

Zuwendung unter Auflage war so die Form der Stiftung im älteren römischen Recht[1]), in dieser Form wurden Stiftungen gemacht im germanischen Recht[2]),

[1]) Das weist Pernice Labeo III 1, S. 58 ff., S. 150 ff. nach.
[2]) v. Amira, Norgerm. Obl. Recht II S. 639; I S. 533.

derartige Rechtsformen finden sich im älteren englischen[1]) und im französischen Recht.[2])

Die spätere Rechtsentwicklung gab den Stiftungen selbst, das ist den Vermögensmassen, juristische Persönlichkeit – und das ist auch das Prinzip des B. G. B.: dieses kennt nur eine Art von Stiftungen und die sind selbständige Rechtssubjekte.[3]) Das Stiftungsgeschäft des B. G. B. umfasst zwei Willensäusserungen: der Stifter muss eine selbständige juristische Person schaffen und ihr das Stiftungsvermögen zuwenden wollen.[4]) Nur auf diese Stiftung finden dann die Bestimmungen des B. G. B. über Stiftungen Anwendung: nur sie ist juristische Persönlichkeit, nur sie unterliegt nach den Vorschriften des § 20 der staatlichen Genehmigung u. s. w.

Daneben aber gibt es auch heutzutage noch die „Stiftung" im älteren Sinn, die fiduziarische Stiftung.

Das B. G. B. hat eine Regelung derselben absichtlich nicht aufgenommen.[5]) Aber man hat in der II. Kommission ausdrücklich anerkannt, dass man auch durch Zuwendungen an juristische Personen Vermögensgegenstände bestimmten Zwecken dauernd widmen könne, und dass so Stiftungen ohne die Eigenschaft juristischer Person entstehen könnten.

Solche Stiftungen können unter Lebenden durch entgeltlichen Vertrag geschaffen werden – das ist dann der Fall, wenn durch die Zuwendung abzüglich des Werts der Verpflichtung eine Bereicherung der juristischen Person gar nicht eintritt[6]): der Stifter gibt einer juris-

[1]) Kohler in Kohlers Archiv III 274.
[2]) Kohler ebenda S. 287.
[3]) § 80 ff.
[4]) Planck Anm. zu § 82.
[5]) Prot. II, S. 34; V S. 7.
[6]) R. G. 62, 386 ff.

tischen Person ein Kapital, diese verpflichtet sich, dieses Kapital dem bestimmten Zweck gemäss zu verwenden; – unter Lebenden und von Todeswegen aber kann eine solche Stiftung auch durch Zuwendung unter Auflage gemacht werden; eine Schenkung unter Auflage ist immer dann gegeben, wenn dem Beschenkten eine dauernde nicht bloss formelle Bereicherung verbleibt, auch wenn er seiner Verpflichtung gemäss mit der Zuwendung verfährt.

Unter den Zuwendungen unter Auflage ragen diese „fiduziarischen“ [1]) Stiftungen durch die Person des Bedachten und Verpflichteten hervor, und durch den durch das Rechtsgeschäft verfolgten Zweck. Von diesen beiden Eigenschaften bedingt eine die andere. Eine Stiftung kann im Allgemeinen nur für einen wohltätigen, religiösen, gemeinnützigen Zweck gemacht werden, immer aber ist sie auf längere, den „Stifter“ überdauernde, eventuell sogar primär unbegrenzte Dauer abgestellt.[2]) Diesem Zweck kann aber mittelst einer Zuwendung unter Auflage nur dann wirksam gedient werden, wenn die Zuwendung an eine juristische Person gemacht wird, weil ihre Lebensdauer, die der des Individuums im Zweifel überlegen ist, die besten Garantien dafür bietet, dass die „Stiftung“ auch wirklich zur Ausführung kommt. Jedenfalls ist die Sicherheit der Erfüllung hier grösser als bei einer Privatperson, bei der mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, dass sie stirbt und dass dann die Verpflichtung eventuell unsicheren Erben obliegt.[3]) Nicht notwendig ist die fiduziarische Zuwendung an

[1]) Vgl. die zit. Stellen in den Prot. „fiduziarisch“, denn die Verwirklichung des Stiftungsgedankens hängt wesentlich von der Erfüllungstreue, der fides des Bedachten ab. (Crome, Bürgerl. Recht I S. 333/34.)

[2]) Kohler a. a. O. S. 268/69.

[3]) Deshalb fordert schon Kohler a. a. O. S. 269 „Anlehnung“ der Stiftung entweder an eine Liegenschaft oder an eine juristische Person.

eine juristische Person des öffentlichen Rechts[1]), denn auch Vereine können Träger fiduziarischer Stiftungen sein. Freilich ist dabei zuzugeben, dass die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, abgesehen davon, dass sie den Stiftungszwecken im Allgemeinen näher stehen dürften, deswegen noch besonders als Stiftungsträger geeignet erscheinen, weil sich bei ihnen zum privatrechtlichen Zwang des Auflagenrechtes eventuell noch ein öffentlich-rechtlicher Zwang zur bestimmungsgemässen Verwendung der Zuwendung im Aufsichtswege gesellt.

Welche wesentlichen Unterschiede zwischen der selbständigen Stiftung und der durch die Auflage geschaffenen fiduziarischen Stiftung bestehen, liegt demgemäss auf der Hand: Nur die selbständige Stiftung ist eine selbständige juristische Person, während die fiduziarische Stiftung wesentlich nur eine obligatorische Verpflichtung einer anderen Person ist: zwar muss auch die selbständige Stiftung dadurch, dass sie einen Vorstand haben muss, über den im Stiftungsgeschäft Bestimmung getroffen sein muss[2]), sich an eine schon existierende Person anlehnen, aber dieser Vorstand ist als Organ der Stiftung dieser untergeordnet, ist ausserdem als Individuum etwas Irrelevantes, so dass eine Veränderung in seinen Verhältnissen, selbst sein Wegfall die Stiftung nicht in ihrem Bestand bedroht — es tritt an seine Stelle eben ein anderer eventuell mit Hilfe des Staats oder (bei Familienstiftungen z. B. der Gesamtfamilie) eines sonstigen Organs, das die Aufsicht über die Stiftung hat. Anders bei der fiduziarischen Stiftung, — sie besitzt das Vermögen nicht selbst, die Zuwendung geht vielmehr an den Stiftungsträger über,

[1]) Von dieser unrichtigen Prämisse ging scheinbar ein Teil der zweiten Kommission aus. (Prot. II a. a. O.)

[2]) Planck Anm. 2 zu § 81.

wird Vermögen des Stiftungsträgers, der nur die Verpflichtung zur Erfüllung des Stiftungszwecks hat; für den Bestand der Stiftung ist die Person, an welche die Übertragung stattfand, wesentlich; denn ohne einen Auflageverpflichteten ist die Durchführung der Auflage nicht möglich; der Konkurs des Stiftungsträgers kann die Stiftung vernichten[1]): sein Untergang als Rechtssubjekt bedeutet den Untergang der Verpflichtung zur Erfüllung des Stiftungszwecks durch ihn, und diese kann, wenn der Stiftungsträger beerbt wird, also wenn er ein Mensch war, oder wenn auf sein ihn überdauerndes Vermögen die Grundsätze über die Rechtsnachfolge des Erben Anwendung finden[2]), dadurch wenigstens viel schwerer durchführbar und bei Geltendmachung der beschränkten Haftung ganz oder teilweise undurchführbar werden. War aber der Stiftungsträger eine juristische Person, für deren Rechtsnachfolge keine privatrechtlichen Bestimmungen massgebend sind, ist die fiduziarische Stiftung zur Rettung ihres Bestands nur auf die Hilfe des Staats oder, wenn dieser keine Veranlassung zum Einschreiten hat, weil ihm der Stiftungszweck ferne liegt, auf den guten Willen des Vermögensnachfolgers angewiesen; denn die Verpflichtung aus der Auflage ist eine obligatorische und zwingt deshalb privatrechtlich nur den Auflagever-

[1]) A. M. Schultze Treuhänderschaft S. 32 ff., der Bildung eines Sondervermögens mit dinglicher Wirkung in der Hand des Stiftungsträgers annimmt. (Zustimmend die dort zitierten, darunter Kohler a. a. O.) — Dagegen und für die oben vertretene Ansicht in den Konsequenzen Helwig, Verträge S. 237 Note 456 und Cosack, Bgl. Recht I § 36 Ziff. 7. — Auch wenn man die Schultze'sche Ansicht annimmt, bleibt — und das ist hier vor allem festzustellen — die obligatorische Verpflichtung des Stiftungsträgers und die beruht entweder auf einem entgeltlichen Vertrag oder auf einer Auflage.

[2]) Wie § 46 für das Vermögen des rechtsfähigen Vereins vorschreibt.

pflichteten und seinen Erben bezw. seinen dem Erben gleichstehenden Rechtsnachfolger.

Anders bei der selbständigen Stiftung. Was ihr der Stifter durch das Stiftungsgeschäft als seinen Willen auferlegt, die Satzung, ist zwingendes Recht mit unmittelbarer Wirkung für alle Beteiligten, Rechtsnorm, lex, Gesetz, für alle Verhältnisse der Stiftung, die sie regelt und die sie innerhalb des ihr gegebenen Rahmens[1]) regeln kann[2]); die Satzung bindet jeden Vorstand, denn er ist ihr als Organ der Stiftung unterworfen: sie kann überhaupt nur mit Willen des Staates, der sie durch die Genehmigung der Stiftung sanktioniert hat, geändert oder aufgehoben werden.

Eine annähernde Wirkung kann freilich die Auflageverpflichtung dann erlangen, wenn die Zuwendung mit der Auflage an eine juristische Person des öffentlichen Rechtes erfolgt: doch nicht kraft der bürgerlichrechtlichen Auflage, sondern kraft des öffentlichen Rechts, dem die Zuwendung an eine juristische Person des öffentlichen Rechts als Vermögen dieser öffentlich-rechtlichen Person unterliegt: wie dieses wirkt, ist hier nicht Gegenstand der Untersuchung. Nach dem öffentlichen Recht es ist auch zu beantworten, ob die fiduziarische Stiftung durch Auflage der staatlichen Genehmigung unterliegt, inwieweit in öffentlich-rechtlichem Verfahren die Auflage verfolgbar ist, was neben dem privatrechtlichen Anspruch, eventuell auch darüber hinaus, möglich ist[3]) und ähnliche derartige Fragen.

---

[1]) § 85.

[2]) Vgl. die Analogie der Vereinssatzung; ein gegen diese verstossender Beschluss ist gesetzwidrig im Sinne des § 43 B. G. B. (Achilles) Anm. zu § 43.)

[3]) Ausgeschlossen kann aber der Privatrechtsweg nicht sein, denn Reichsprivatrecht bricht öffentliches Landesrecht. So für kirchenrechtliche

Einzuschalten ist hier die Prüfung der Frage, inwieweit der selbständigen Stiftung Verpflichtungen auferlegt werden können, die ausserhalb des eigentlichen Stiftungszwecks liegen und neben ihn treten, wie die Auflagen neben die Zuwendungsgeschäfte[1]): Wollte man sich auf den Standpunkt stellen, das Stiftungsgeschäft sei eine Verbindung zweier Rechtsgeschäfte – der Begründung der Stiftung und der Zuwendung und nimmt man ferner an, dieses Zuwendungsgeschäft sei eine Schenkung[2]), dann müsste man diese Verpflichtungen als Auflagen bezeichnen. Ist aber richtiger Ansicht nach das Stiftungsgeschäft – Gründung und Zuwendung – eine Einheit[3]), dann gibt es keine Auflagen bei der Stiftung, da das Gesetz keine Auflagen bei der Stiftung anerkannt hat. Es ist auch nicht nötig, Auflagen bei der Stiftung anzuerkennen: Was der Stifter der Stiftung im Stiftungsgeschäft an Verpflichtungen überbürdet, ist Inhalt der Satzung, auch wenn es nicht dem ausgesprochenen Stiftungszweck dient, und die Verpflichtungen sind als Satzung bindend, kraft der lex rei suae dicta, die der Stifter seinem – nunmehrigen Stiftungs- – vermögen gibt. Somit ist der Verpflichtungsgrund hier ein anderer, als bei der Auflage; diese Verpflichtungen treten auch nicht als Nebengeschäfte auf, sondern als Bestandteile des Hauptgeschäfts, nämlich der Satzungsgründung, die dem Stiftungsgeschäft wesentlich ist. Der Begriff der Auflage, der bei der Stiftung schliess-

Verhältnisse: (Klage auf Zelebrierung einer Seelenmesse in einer bestimmten Kirche) R. G. in Ztschr. f. franz. Civ.-Recht 37, 200.

[1]) Z. B. Jemand stiftet ein Haus und Kapital für eine Lesehalle, legt aber der Stiftung die Verpflichtung auf, ihn noch bis zu seinem Lebensende dort wohnen zu lassen, oder jemand stiftet ein Kapital, die Stiftung muss aber gewisse Pietätshandlungen ihm gegenüber vornehmen.

[2]) Wie R. G. 5, 144 es tut.

[3]) Planck B. G. B. Anmerkung 3 zu § 81.

lich möglich wäre, war demnach bei ihr nicht notwendig, denn der Stifter kann das, was ihm die Auflage bei den Zuwendungsgeschäften, z. B. der Schenkung ermöglichen soll, hier auf anderem Wege mit der gleichen Wirkung erreichen.

Denn das ist der gemeinsame Gedanke, der die Auflage als Erscheinung des Rechts rechtfertigt, dass dem Geber einer unentgeltlichen Zuwendung die Möglichkeit eröffnet werden soll, von dem Bedachten etwas zu verlangen, und zwar auf Grund seiner Liberalität, ohne dass dadurch der Zuwendung der Charakter der Unentgeltlichkeit genommen werden soll; der Geber soll in den Stand gesetzt werden, sein Vermögen zwar, ohne dass er dafür einen Ersatz bekommt, dem anderen zu übertragen, dabei aber doch in gewissem Sinn auch auf seine eigenen oder die ihm wertvollen Interessen eines anderen oder des Gemeinwohls Bedacht zu nehmen, indem er den Empfänger zu einer Beschränkung der ihm verliehenen Machtgewalt über die Zuwendung oder zu sonst einer Beschränkung seiner Freiheit obligatorisch verpflichtet.[1]) Soll freilich dadurch die Unentgeltlichkeit der Zuwendung nicht alteriert werden, dann darf dieser Egoismus des Gebers nur innerhalb ganz enger Grenzen seine Wirkungen äussern: die Erzwingbarkeit der Auflagen stützt sich auf die dem Bedachten obliegende Pflicht zur Dankbarkeit, und sie äussert sich deshalb viel milder als anderer Rechtszwang: das ist der Grund dafür, dass allen den Rechtsinstituten gegenüber, mit denen die Auflage in Beziehung gesetzt wurde, die Auflage das weniger wirkungsvolle Mittel zur Durchführung der Interessen des Geschäftsherrn ist: es handelt sich — und das muss festgehalten werden — um eine ausserordentliche Rechtsform, die auf einem für das

[1]) Ähnlich Haymann Schenkung unter Auflage S. 181.

Privatrecht im Allgemeinen fremden Gedanken beruht, nämlich: dass ein Rechtssubjekt dem anderen sozusagen zwingende Vorschriften machen darf.

Der Gedanke, der die Rechtfertigung der Auflage gibt, liegt gleichmässig der Schenkungsauflage und der letztwilligen Auflage zu Grunde, und darin liegt die Gemeinsamkeit der beiden im Gesetz getrennten Rechtsinstitute; daraus resultiert aber auch die gemeinschaftliche Art und Weise ihrer Konstruktion und die gemeinschaftliche Regelung der Einzelheiten, besonders hinsichtlich ihrer Erzwingbarkeit.[1])

Aus diesem Gedanken ergibt es sich aber auch, dass die Auflage so verschiedenartigen Zwecken zu dienen vermag: denn sie muss den verschiedenartigen Interessen, die der Geber haben kann, gerecht zu werden versuchen: sie ist eine sehr biegsame und dehnbare Rechtsform, innerhalb deren eine ganze Reihe von Interessen des Gebers sich berühren: darum tritt die Auflage auch zu einer ganzen Anzahl von anderen Rechtsgeschäften in Beziehungen.

Gerade die Vielseitigkeit der Auflage erhält sie aufrecht und wird es nicht ermöglichen, das Recht der Auflage fallen zu lassen, die Vielseitigkeit zwingt aber auch, sie neben der Zweckbestimmung[2]), wenn man eine solche annehmen will, aufrecht zu erhalten: denn die Zweckbestimmung ist ein engerer Begriff, über den der mögliche Inhalt der Auflage weit hinausgeht.

---

[1]) A. m. Haymann a. a. O. S. 77 ff.

[2]) Bekker Pand. I § 118 Beil. II.

V. Die Auflageverpflichtung.

§ 21.

Die Auflage ist nach den eben ausgeführten Sätzen eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung, die als Nebengeschäft zu gewissen Zuwendungsgeschäften vorkommen kann.

Auf die Auflage finden demnach die allgemeinen Regeln über die Rechtsgeschäfte Anwendung, wobei die letztwillige Auflage aber ausserdem als letztwillige Verfügung den speziellen Vorschriften des Erbrechts unterliegt; so ist vor allem die Schenkungsauflage formlos[1]), die letztwillige Auflage dagegen den Formvorschriften des Testaments bezw. Erbvertrags unterworfen; die Schenkungsauflage kann nur von demjenigen gesetzt werden, der eine Schenkung giltig geben kann: die letztwillige Auflage kann auch ein Testamentsfähiger erklären.

Beide Auflagenerklärungen müssen dem Beschwerten bekannt geworden sein: die Schenkungsauflage ist empfangsbedürftig, die letztwillige Auflage muss wie jede andere letztwillige Verfügung den von ihnen betroffenen Hinterbliebenen zur Kenntnis gekommen sein.

Die Auflage unterliegt den Willensmängeln wie ein anderes Rechtsgeschäft: sie kann ihnen selbständig unterliegen, aber nur dann – und das ist wohl selten der Fall, – wenn das Grundgeschäft von dem Willensmangel nicht berührt wurde; sonst – in der Regel –

[1]) Wegen der Auflage beim Schenkungsversprechen siehe oben. Hier genügt auch eine formlose Auflage, wenn sie beim Schenkungsvollzug wiederholt wird, oder wenn wenigstens stillschweigend auf sie Bezug genommen wird.

werden Grundgeschäft und Auflage von dem Willensmangel betroffen werden.

Von praktischer Bedeutung insbesondere ist die Anwendung des § 138 B. G. B. auf die Auflagen: die Auflage, die gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig; diese Nichtigkeit erstreckt sich aber im allgemeinen nicht auch auf das Grundgeschäft[1]); unsittliche Auflagen können insbesondere als letztwillige Verfügungen leicht vorkommen: Auflagen nämlich, die einen ungerechtfertigten, übergrossen Eingriff in die persönliche Freiheit des Bedachten darstellen: derartige Auflagen äussern keine Wirkung[2]).

Nichtig sind auch Auflagen, die gegen ein gesetzliches Verbot verstossen (§ 134, 2171 B. G. B.)[3]); ferner kann ebensowenig wie durch ein anderes Rechtsgeschäft durch eine Auflage eine Verfügungsbeschränkung bezüglich eines veräusserlichen Rechts begründet werden: nur die Verpflichtung, über ein Recht nicht zu verfügen, kann geschaffen werden[4]), eine dingliche Wirkung liegt ja so wie so ausserhalb des Rahmens der Auflage.

Im römischen und im gemeinen Recht spielen auch noch die ineptae voluntates[5]), die widersinnigen Auf-

[1]) Weil die Auflage Nebengeschäft ist.

[2]) Vgl. schon l 71 § 1 D 35, 1; die Praxis hat insbesondere den Fall der Auflage der Religionsänderung schon mehrfach entschieden; vgl. Seuff. Arch. 12, 277; 51, 37; R. G. 21, 279.

[3]) Bay. Obst. L. G. Entschl. 6, 511 (Auflage, das Testament gewissen „Beteiligten" nicht zu eröffnen), vgl. auch Binder in der Deutschen Juristenzeitung 1905 S. 995: Auflage in fraudem legis.

[4]) § 137. Anders das römische Recht: l 38 § 5 D de leg III, Für das gemeine Recht vgl. über die Frage, ob ein rechtsgeschäftliches (insbes. ein letztwilliges) Veräusserungsverbot dingliche Wirkung hat oder nicht, die bei Windscheid in § 172a Note 5 angeführten widerstreitenden Meinungen. Gegen die Ansicht Windscheids, der die Frage verneint, aus der Praxis Bay. Obst. L. G. ält. Samml. II S. 84.

[5]) l 113 § 5 D de leg I.

lagen des Erblassers eine Rolle: sie sollten ebenfalls unwirksam sein: die moderne Gesetzgebung hat ausdrücklich die Aufnahme einer entsprechenden Bestimmung abgelehnt, weil sie einerseits entbehrlich, andrerseits gefährlich sei[1]), und hat, was auch richtig sein dürfte, auf den Schutz des § 138 verwiesen: im Notfall wird weiterhin eine auf das allgemeine Chikaneverbot des § 226 gestützte Einrede vor der übergrossen Last einer widersinnigen Auflage schützen können.

Als Nebengeschäft verträgt die Auflage Bedingung und Befristung, wie ein anderes Rechtsgeschäft, ohne dass dadurch das Grundgeschäft berührt werden muss. Hierher gehören die Fälle des modus mixtus, wo die Auflage eine Bedingung „involviert"[2]); fällt die Auflage infolge der Einwirkung der Bedingung oder Zeitbestimmung, – also infolge Ausfalls der aufschiebenden oder Eintritts der auflösenden Bedingung bezw. des Endtermins – weg, bleibt wegen der Nebengeschäftsnatur der Auflage das Grundgeschäft wirksam. Anerkannt ist dieser Rechtssatz im gemeinen Recht auch dadurch, dass man die auf Lebenszeit des einen Vertragsteils abgestellten Alimenten- und Verpflegsverträge als Schenkungen unter einer (hier befristeten) Auflage angesehen hat[3]). Eine gesetzliche Zeitgrenze für die Wirksamkeit der letztwilligen Auflage ist nicht gegeben – § 2162, 2163 sind im § 2192 nicht für anwendbar erklärt – insoweit also nicht Verjährung eventuell die Geltendmachung des Auflageanspruchs ausschliesst, kann er unbegrenzt lang wirksam bleiben[4]).

[1]) Prot. V 242.

[2]) Glück Pand. IV § 33.

[3]) Vgl. Seuff. Arch. 9, 155; 37, 275; 43, 186; 50, 245.

[4]) Eine Anregung auch für die Wirksamkeit der Auflage eine Zeitgrenze zu bestimmen, wurde in der II. Kommission ausdrücklich abgelehnt. Prot. V 241/42.

§ 22.

Inhalt des Nebengeschäfts der Auflage ist: Verpflichtung zu einer Leistung; so war es schon im römischen Recht, wo alle Quellenstellen, die von der Auflage handeln, Leistungsverpflichtungen für den mit der Auflage Beschwerten enthalten; das war auch die Lehre des gemeinen Rechts[1]); für das moderne bürgerliche Recht ist die Verpflichtung zur Leistung als Inhalt der letztwilligen Auflage festgelegt durch die Definition des § 1940: die auch in den Motiven[2]) festgelegte Wesensgleichheit der beiden Auflagen zwingt dazu, dieses Begriffsmerkmal auch auf die Schenkungsauflage zu übertragen – auch sie hat zum Inhalt eine Leistung des Auflagebeschwerten. Gegenstand dieser Leistung nun kann alles sein, was überhaupt Gegenstand einer Leistung im Rechtssinn sein kann: ein Tun und Unterlassen: die Leistung kann im Interesse des Gebers der Zuwendung, im Interesse des Auflageverpflichteten selbst, und im Interesse eines Dritten liegen[3]). Die Leistung braucht auch keinen Vermögenswert zu haben[4]) aber immerhin muss sich die Auflageleistung innerhalb der Grenzen halten, in denen überhaupt ein Rechtszwang sich äussern kann: sittliche Verpflichtungen, Tatsachen des menschlichen Innenlebens u. a. m. können in Form einer Bedingung – die irgend ein „Ereignis" bezeichnen muss, – rechtlich bedeutsam werden, aber nicht als Gegenstand einer rechtlichen Verbindlichkeit

---

[1]) Pernice Labeo III 1 S. 1.

[2]) V S. 10.

[3]) So ausdrücklich Mot. II, 300; für das preussische Recht hatte R. G. 25, 292 (Vereinigte Civilsamml.) für den Fall der Anordnung einer Verfügungsbeschränkung diese Frage in bejahendem Sinn entschieden.

[4]) Hierüber vgl. Kohler in Kohlers Archiv 12, S. 1 ff., für den Vermögenswert der Leistung tritt insbes. Hellwig, Verträge S. 55—61 ein.

und als Gegenstand einer Leistung aus einer solchen Verbindlichkeit. Gerade aber in Form von „Auflagen“ können Wünsche eines Erblassers, die einen derartigen Inhalt haben, sich kleiden, ohne dass das Recht der Auflagen auf diese Zuwendungs-„Massgaben“ Anwendung fände.[1])

Ob ein Rechtszwang möglich ist, diese Frage bedarf auch dann regelmässig der Prüfung, wenn Leistungen nur im Interesse des Auflageverpflichteten angeordnet sind, wenn also bei der Leistung weder ein öffentliches Interesse, noch das eines (nicht selbst berechtigten!) Dritten, noch ein wenigstens ideales[2]) Interesse des Gebers in Frage kommt. z. B. Jemand vermacht eine grosse Summe, mit der Auflage, gewisse Studien zu treiben, wobei diese Studien weder den Bedachten in die Lage setzen, ein günstigeres Fortkommen zu haben, oder das angefangene Werk des Erblassers fortzusetzen oder irgend einem wenig geförderten Zweig der Wissenschaft zu dienen. Die Erzwingung solcher Auflagen wäre Schikane: derartige „Leistungen an sich selbst“ können nicht rechtlich erzwingbar sein, — hier kann nur ein Wunsch des Erblassers in Frage stehen, oder es kann das vom Erblasser Gewollte als Bedingung auftreten.

Die Leistung aus der Auflage ist dieselbe, wie diejenige, welche den Inhalt eines Schuldverhältnisses bildet: sie ist auch erzwingbar — es muss sich somit die Frage erheben, ob das aus der Auflage erstehende

---

[1]) So schon im gem. Recht für die Auflage, den Schenker, wie seinen Vater zu verehren. Seuff. Arch. 29, 132; vgl. auch Seuff. Arch 37, 210; für das preuss. Recht gab A. L. R. I 12 § 514, § 516 die entsprechenden Vorschriften.

[2]) Seuff. Arch. 30, 43.

Verhältnis ein Schuldverhältnis im Sinne des Bürgerlichen Rechts ist. –

Das war im römischen Recht ursprünglich nicht der Fall: denn dort war nur das Schuldverhältnis, was mit einer privatrechtlichen actio zu erzwingen war – das war aber die Auflage nicht: denn erst seit der Ausdehnung der actio praescriptis verbis auf den modus bei Schenkungen durch *Diocletian*[1]) und seit *Gordians* Unterwerfung gewisser Auflagen unter die Fideikommissklage[2]), gibt es solche actiones. Das gemeine Recht, das einfach eine Erfüllungsklage zuliess, stand der Bejahung der Frage schon näher, und hat sie, besonders in der Lehre *Savigny*'s von der Schenkungsauflage bejahend beantwortet[3]); dieselbe Ansicht galt aber auch für die letztwillige Auflage[4]).

Für das moderne Recht ist der Charakter des Auflageverhältnisses als Schuldverhältnis bezüglich der Schenkungsauflage nicht bestritten. Anders ist es bei der letztwilligen Auflage. – Hier hat die Bemerkung der Motive, die in § 2194 geregelte Berechtigung gewisser Personen, „die Vollziehung der Auflage zu verlangen", sei nur eine mehr „formale Befugnis"[5]), Verwirrung angerichtet. So konnten die Theorien entstehen, die in der Auflage eine „gläubigerlose Verbindlichkeit des Beschwerten[6]) sehen, die erklären, dass

---

[1]) 1 4 C 4, 64; 1 9, 1 22 C 8, 53.

[2]) 1 2 C 6, 45.

[3]) System IV § 175.

[4]) Derselbe III § 129; nur wenn ein einziger Erbe vorhanden war, solle eine Abweichung gelten (1 7 D 33, 1); anders ist die Frage wohl für das preussische Recht zu entscheiden, das nach der herrschenden Lehre prinzipiell keinen direkten Erfüllungszwang kennt.

[5]) V, 214.

[6]) Haymann Schenkung unter Auflage S. 88.

es „an einem Gläubiger vollständig fehle[1])“, oder die meinen, der Anspruch des Berechtigten auf die Leistung sei „nicht vermögens-, sondern personenrechtlicher Natur und der Berechtigte kein Gläubiger im Sinne des Vermögensrechtes“[2]), das alles, trotzdem die Motive selbst im weiteren Verlauf der Erörterung von einem „Forderungsrecht“ sprechen, auf das die allgemeinen Regeln des Rechts der Schuldverhältnisse anwendbar seien, soweit sich nicht aus dem Mangel eines vermögensrechtlichen Interesses des Berechtigten Besonderes ergebe.

Von einer gläubigerlosen Verbindlichkeit – sollte das am Ende gar nur eine Haftung ohne Schuld bedeuten?[3]) – kann somit nicht die Rede sein – liegt vielmehr ein Forderungsrecht vor und andrerseits eine Leistungsverpflichtung, dann haben wir einen, der bekommmen soll und einen, der leisten soll – wir haben Gläubiger und Schuldner, also ein Schuldverhältnis – und das bei beiden Auflagen.

Freilich ein Schuldverhältnis eigener Art:

Richtiger Ansicht nach ergibt sich nämlich für das Auflageverhältnis folgendes:

§ 23.

Die Auflage gründet sich auf das Verhältnis zwischen dem Geber einer unentgeltlichen Zuwendung und dem Bedachten, auf das Verhältnis der Dankbarkeit, das den letzteren an den ersteren bindet.

Aus der Natur dieses Verhältnisses folgt, dass es ein höchst persönliches Verhältnis ist: nur dem Geber der Zuwendung selbst, als dem Geber der Gabe ist

[1]) Endemann Bürgerl. Recht III § 74 Ziff. 4.

[2]) Cosack Bürgerl. Recht II § 407.

[3]) Die Frage regt Schultze Treuhänderschaft S. 93 Note 19 an.

der Bedachte zu Dank verpflichtet, denn nur er hat die Gunst erwiesen, die die Gegengunst fordert. Nur er kann die Auflage setzen.

Ist aber das Auflageverhältnis rechtswirksam geworden, dann ist auch nur der Geber der Berechtigte und nur er der Gläubiger des bestehenden Schuldverhältnisses: er allein hat das Recht aus der Auflage; dieses Recht ist höchst persönlich und geht nicht auf den Erben über, denn zwischen dem Erben des Gebers und dem Bedachten besteht kein Verhältnis, auf das sich die Auflage gründen könnte; – der Erbe hat dem Bedachten keine Gunst erwiesen und hat darum auch kein Recht auf Gegengunst.

Die Durchführung dieses Gedankens bot nun aber Schwierigkeiten bei der letztwilligen Auflage, die erst mit dem Tode des Gebers – hier des Erblassers – in Wirksamkeit treten kann; sollte hier ein Rechtszwang zur Erfüllung der Auflage überhaupt noch bestehen, dann musste eine Möglichkeit der Fortwirkung des entstandenen, aber zugleich mit der Entstehung seines Subjekts beraubten Rechts geschaffen werden. Diese Möglichkeit schuf das Gesetz in der Vorschrift des § 2194: in der sogenannten „formalen Befugnis" zur Geltendmachung der Auflage.

Der materiell „Berechtigte" ist nicht mehr vorhanden, aber sein „Recht" ist entstanden und ebenso ist die dem Recht entsprechende Verpflichtung entstanden und besteht weiter fort. Darum können die Motive auch von einem „Forderungsrecht" sprechen, das ist das Forderungsrecht, das der Erblasser hatte.

Um diesem Rechte, dessen Subjekt entfallen ist, weiter Wirkung zu verleihen, hat nun das Gesetz die Befugnis, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, auf gewisse Personen übertragen, die teils wegen

ihrer rechtlichen, teils wegen ihrer tatsächlichen Stellung zum Erblasser und zum Nachlass dazu geeignet erschienen, den Anspruch geltend zu machen: das sind zwei Kategorien, nämlich die im § 2194 bezeichneten Personen: Erbe, Miterbe und diejenigen, welchen der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommen würde, und dann auf Grund der §§ 2203 und 2208 Abs. 2 ev. 2223 der Testamentsvollstrecker.

Die erstbezeichneten Personen nun haben nur einen Anspruch, nicht ein Recht auf Vollzug der Auflage[1]). Dieser Anspruch geht, wie jeder Anspruch[2]), aus einem Rechte hervor – aus dem mit der Gabe und Auflagesetzung entstandenen Rechte des Erblassers – und geht, da das Recht selbst höchst persönlich ist, allein und ohne das Recht auf die bezeichneten Personen über; diese sind dadurch legitimiert – gleich dem mit dem materiellen Recht ausgestatteten Subjekt – den Anspruch geltend zu machen, auf jede rechtlich mögliche Art, und haben in dieser Hinsicht die Stellung des Berechtigten selbst – aber auch nur in dieser Hinsicht, sonst sind sie nicht „berechtigt".

Sie können demnach den „Anspruch" nicht übertragen, der Anspruch ist auch bei ihnen nicht pfändbar, gehört im Konkursfall nicht zur Masse – er ist überhaupt nicht „Vermögen" der Betreffenden, denn zum Vermögen kann nur ein „Recht" gehören; sie können aber auch über das „Recht" aus der Auflage nicht materiell verfügen; sie können die Auflageschuld nicht erlassen, sie können nicht damit aufrechnen und so den

[1]) Vgl. Kohler in Kohler's Archiv 21, 259, der ebenfalls den Gedanken des vom Rechte getrennten Anspruchs verwertet, freilich ohne einen Grund dafür anzugeben; er teilt auch dem Testamentsvollstrecker nach § 2223 nur einen Anspruch zu.

[2]) Es ist also kein Anspruch ohne Recht, wie Kohler in Holtzendorfs Enzyklopädie I S. 581 meint.

Schuldner materiell befreien; sie können nur tatsächlich die Geltendmachung des Anspruchs unterlassen, ohne dass aber dadurch der Bestand des Rechtes irgend wie berührt wird – denn in den materiellen Bestand des Rechts eingreifen könnte nur der Berechtigte, der aber ist nicht mehr vorhanden [1]), seine Nachfolger in den Anspruch aber sind nicht dazu befugt, eben weil ihnen nur der Anspruch und nicht das volle Recht zusteht.

Folgerichtig muss aber dasselbe auch für den Erben des Schenkers hinsichtlich der Schenkungsauflage gelten: denn auch hier besteht das höchst persönliche Verhältnis, auch hier kann deshalb das Recht aus der Auflage nicht auf den Erben übergehen, und auch hier bleibt deshalb dem Erben nur die „formale Befugnis", das ist mit anderen Worten der Anspruch; die Konsequenzen bleiben dieselben [2]).

Anders dagegen der Schenker selbst: er hat das volle Recht aus der Auflage [3]): er kann dieses Recht, weil es höchst persönlich ist, zwar nicht übertragen, aber er kann über seinen Bestand mit materieller Wirksamkeit verfügen: er kann also vor allem mit Wirkung für und gegen alle die Schuld erlassen, und so ihr Erlöschen herbeiführen.

Nur „Anspruchsträger" dagegen ist die Behörde in § 525 Abs. 2, bezw. 2194 Satz 2, wenn die Vollzie-

[1]) Dieselben Konsequenzen finden auf anderem Wege Cosack, Bürgl. Recht II § 407 V, und Schultze, Treuhänderschaft S. 94. Die Praxis hat noch nicht mit der wünschenswerten Entschiedenheit gesprochen. Vgl. Recht 04, 254, welche Entscheidung im übrigen richtig ist.

[2]) In diesem Sinne möchte ich die Frage Hellwigs, Verträge S. 61 Note 119a beantworten.

[3]) Der in den beiden §§ 525 und 2194 gewählte Ausdruck: „kann die Vollziehung der Auflage verlangen" bezeichnet an und für sich überhaupt nur den Anspruch, (§ 194) ohne über die Existenz der materiellen Berechtigung zu entscheiden.

hung der Auflage im öffentlichen Interesse gelegen ist: gerade hier wird es deutlich, dass das Recht selbst nicht übergeht, weil die Befugnis, die Auflagevollziehung zu verlangen, einer Person zugesprochen ist, die zu dem ursprünglich Berechtigten in gar keinem Verhältnis steht, und auf die weder Vermögen, noch eine Anwartschaft auf Vermögen des Berechtigten übergegangen ist, die auch sonst in keiner Beziehung zum Erblasser steht: ihr ist nur sozusagen als Sachwalterin des öffentlichen Interesses die Ausübung der Befugnisse aus dem Recht, der Anspruch aus der Auflage übertragen worden.

Dieser Ansicht tritt gegenüber die von *Schultze*[1]) vertretene, welche in der Berechtigung der in § 2194 genannten Personen die obligatorische, begrenzte Rechtsmacht eines Treuhänders sieht: diesen Begriff[2]) zeichnen nach ihm drei Merkmale aus: eigenes Recht im eigenen Namen, aber nicht im eigenen Interesse, und rechtliche Beschränkung dahingehend, das Recht nicht im eigenen Interesse zu gebrauchen. Ich verkenne nicht, dass diese Ansicht zu materiell richtigen Ergebnissen führt – mir dünkt aber ein Bedenken ausschlaggebend, sie nicht zu acceptieren: dem Wesen des Treuhänders scheint es mir zu widersprechen, dass er nicht vom Vollberechtigten selbst, durch Rechtsakt bestellt wird – denn es kann doch nur der Treuhänder sein, dem das Recht wirklich zu treuer Hand übertragen ist, ohne „Treugeber" auch kein Treuhänder: in diesem Fall aber tritt die Berechtigung kraft Gesetzes ein – der Vollberechtigte betraut niemanden mit der Befugnis aus § 2194: im Gegenteil, dadurch, dass jeder in Betracht kommt, dem der Wegfall des unmittelbar Beschwerten zu gute kommt, wird – man denke nur an den Fall des Ausschlusses

[1]) Treuhänderschaft S. 88 ff.

[2]) Ebenda S. 1 ff.

der gesetzlichen Erbfolge durch den gewillkürten, auflagebeschwerten Erben – sehr oft einer „Treuhänder" sein, den der Erblasser gerade nicht betraut hätte[1]); – dann aber ist der Betreffende auch kein Treuhänder mehr; der Fall des § 2194 wäre auch, – das gibt *Schultze* selbst zu – der einzige „gesetzliche" Treuhänder; für einen solchen weiss er selbst kein historisches Beispiel zu bringen; es widerspricht eben dem Begriff des Treuhänders, ihn ohne und vielleicht gegen den Willen des Treugebers mit der Rechtsmacht zu betrauen.

Dazu kommt, dass bei den Personen des § 2194 auch ein materielles Interesse vorhanden ist, beim Erben wenigstens immer dann, wenn die Auflage auf Leistungen geht, die eigentlich ihm als Rechtsnachfolger seines Erblassers zur Last liegen, bei allen anderen dadurch, dass ihre Befugnis und die in Aussicht stehende Rechtsverfolgung den Beschwerten, der die Auflage im Verhältnis zu der empfangenen Zuwendung als zu grosse Last empfindet, veranlassen wird, auszuschlagen, sodass der nächste Beteiligte – und das ist eben derjenige, der den Vollzug der Auflage verlangen kann – die Zuwendung erhält. Daneben steht auch noch, wie *Schultze* selbst anerkennen muss, das Interesse aus § 2196, wornach der Betrag, welcher zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden sollen, demjenigen zufällt, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommt. Ganz ohne irgend ein materielles Interesse ist ja überhaupt eine Stellung, wie sie den in § 2194 bezeichneten Personen verliehen wird, undenkbar; denn wer wollte sonst das Risiko des Prozesses

[1]) Man beachte auch, dass der Kreis aus § 2194 unter Umständen sehr weit gezogen sein kann. (Z. B. kann sehr wohl der Fiskus als letzter gesetzlicher Erbe in Betracht kommen.) Prot. V 245.

auf sich nehmen, in dem die betreffenden Personen selbst Partei sind und sonach die Kosten des etwaigen Unterliegens auf sich nehmen müssen?[1])

Treuhänder dagegen sind wirklich die beiden Testamentsvollstrecker[2]); bei ihnen treffen aber auch die beiden Momente zu, die bei den in § 2194 bezeichneten Personen zur Treuhänderschaft mir zu mangeln scheinen: nämlich die Bestellung durch den Treugeber und der Mangel des eigenen materiellen Interesses; auf sie geht demnach das materielle Recht des Erblassers ganz über – freilich nur zu treuer Hand, so dass die Art und Weise ihrer Berechtigung äusserlich von der des anderen Vollzugsberechtigten sich nicht unterscheidet.

Sind mehrere Berechtigte vorhanden, so kann jeder die ganze Leistung fordern[3]): zugleich wird die Leistung nur einmal geschuldet und der Schuldner wird durch die Leistung auf das Anfordern eines der Berechtigten mit Wirkung gegen alle anderen befreit. Es gilt demnach ein der Gesamtgläubigerschaft analoges Verhältnis[4]). Dass hierbei nicht alle Bestimmungen der § § 422, 423 und 425 B. G. B., insbesondere über die Wirkungen der Aufrechnung und des Erlasses Anwendung finden,

---

[1]) Schultze a. a. O. S. 96.

[2]) Schultze Treuhänderschaft S. 73 ff.; 88 ff.; dgg. allerdings die herrschende Lehre Strohal II S. 295; aber auch wenn man dem Testamentsvollstrecker ein „Eigenrecht" zuerkennt, hat er die Befugnis aus der Auflage nur kraft eines Rechtes, das der Erblasser zur Entstehung brachte.

[3]) Mot. V 215.

[4]) Schultze, Treuhänderschaft S. 96, und nicht die Analogie der mehreren, die eine unteilbare Leistung zu fordern haben, wie Kohler a. a. O. annimmt; denn der Schuldner kann an einen der Anspruchsberechtigten leisten und braucht nicht, um sich zu befreien, an alle gemeinschaftlich zu leisten (§ 432), das wäre unmöglich: er weiss ja vielleicht gar nicht von allen, auch die Hinterlegung würde zu keinem Resultat in den Fällen führen, wo von Leistung einer Sache keine Rede ist — gerade das sind aber häufige Fälle von Auflagen.

hat seinen Grund in dem Mangel des materiellen Rechts bei den Anspruchsträgern und kann deshalb diese Annahme nicht widerlegen. Gesamtgläubiger sind selbstverständlich auch mehrere Schenker, die zu gleicher Zeit geschenkt und dieselbe Auflage gesetzt haben: bei ihnen gilt das Recht der Gesamtgläubigerschaft ohne Schranke.

Die passive Seite des Auflageverhältnisses ist der Auflageschuldner – er ist wirklicher Schuldner: auf ihn finden alle Bestimmungen des Obligationenrechts über den Schuldner unbedenklich Anwendung: er hat also Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, er haftet für verschuldete Unmöglichkeit (§ 527, 2196 sprechen das noch besonders aus)[1]) und kann in Verzug kommen. Seine Verpflichtung, das Leistensollen geht auch auf den Erben über: dazu führt die Erwägung, dass zwar die Dankbarkeitsverpflichtung nur dem Geber persönlich geschuldet wird – denn nur er hat die Gunst erwiesen; – aber diese Dankbarkeitspflicht trifft nicht nur den Bedachten allein, sondern auch seinen Gesamtrechtsnachfolger, denn auch ihm fallen die Vorteile aus der Zuwendung zu und auch ihm ist die Gunst erwiesen worden: zudem wäre es wohl unbillig, dem Geber, der sich seines Vermögens entäussert, um deswillen die daraus entsprungenen Rechte abzusprechen, weil der Bedachte selbst seiner Verpflichtung vor seinem Tode nicht mehr nachgekommen ist, und so ein Privileg lässiger Erfüllung zu schaffen.

---

[1]) Bei unverschuldeter Unmöglichkeit wird der Verpflichtete frei (§ 275).

VI. Umfang der Rechte.

§ 24.

Die Rechte des Schenkers und der Rechtsnachfolger des Erblassers aus dem modus waren im römischen Recht noch bunt und anfänglich ganz verschiedenartig.

Klarer war die Ordnung bei der Schenkungsauflage: hier war ursprünglich eine stipulatio notwendig, um die Auflage zu begründen, weil neben der Eigentumsübertragung eine formlose Begründung einer Schuldverpflichtung nicht möglich war[1]), und später wurde ein formloses pactum neben der Auflage anerkannt; so ergab sich eine actio praescriptis verbis auf den Vollzug des modus[2]).

Daneben stand die condictio, die persönliche Klage auf Rückgabe des Geschenks[3]), hervorgegangen aus dem Gedanken der ungerechtfertigten Innehabung des Geschenks durch den Bedachten, der seinen Verpflichtungen nicht nachkomme; sie trat nicht ein, wenn ohne Schuld des Verpflichteten, durch Zufall, die Auflageerfüllung unmöglich wurde[4]); seit *Justinian* hatte auch die Rückforderung wegen Undankbarkeit statt[5]). Ganz vereinzelt ordnet l 1 C 8, 54 die Verwirkung des Eigentums am Geschenk an und gibt dem Schenker eine vindicatio utilis auf das Geschenk, und zwar bei der Auflage auf Leistung der Alimente: das ist eine lex specialis, die ihre Rechtfertigung nur darin findet, dass es sich in diesem Fall um die wichtigsten Interessen

[1]) Pernice Labeo III 1 S. 87—96.
[2]) Seit Diocletian vgl. die oben S. 96 zit. Stellen.
[3]) l 5 D 12, 4; l 3, l 8 C 4, 6; l 3 pr. C 8, 54.
[4]) l 8 C 4, 6.
[5]) l 10 C 8, 55.

des Schenkers handelt, die möglichst starken Schutz verdienen.

Bei der letztwilligen Auflage dagegen gab es ursprünglich keine eigene privatrechtliche Klage: das einzige privatrechtliche Zwangsmittel zur Erfüllung der Auflage war das Verlangen der Stellung einer Kaution durch den Beschwerten[1]), von der das Klagerecht des Beschwerten auf die Zuwendung abhing, da er sonst mit exceptio doli abgewiesen werden konnte, oder der Prätor ihm die actio denegierte[2]). Bei einer Mehrzahl von Erben konnte die Auflage mit der actio familiae erciscundae erzwungen werden[3]). Sonst trat gegenüber Gemeinden öffentlich-rechtlicher Zwang im Aufsichtswege in Kraft[4]), gegen Privatpersonen mag der Prätor im aussergerichtlichen Verfahren eingeschritten sein[5]). Alles das erklärt sich aus dem Gedanken, man habe hier kein eigentliches Schuldverhältnis[6]), sondern eine mehr sakrale oder Pietätspflicht gegen den Erblasser vor sich, die nicht mit einer actio stricti iuris, sondern principali vel pontificali auctoritate durchgesetzt werden müsse.

Das gemeine Recht erkannte ebenfalls die Klagbarkeit aus der Schenkungsauflage an, indem sie dieselbe als Innominatkontrakt auffasste: nebenher lief auch jetzt noch die condictio causa data non secuta[7]). Bei der

[1]) l 19 D de leg III; l 48 D 40, 5; l 71 § 1 D 35, 1.

[2]) l 1 § 3 D 27, 2; l 10 § 3 D 35, 1; l 71 § 1 eod.; l 48 D 40, 5.

[3]) l 18 § 2 D 10, 2; l 7 D 33, 1.

[4]) Pernice Labeo III 1 S. 35.

[5]) l 92 D 35, 1; l 17 § 1 D 40, 4; l 44 eod.; l 50 D 5, 3; l 7 D 33, 1.

[6]) nec obligationem pariunt l 7 D 33, 1 — und dennoch interventu iudicis erzwingbar.

[7]) Vereinzelt dehnte man die Kautionspflicht auch auf Schenkungsauflagen aus — Heimbach in Weiskes Lexikon VII S. 222.

letztwilligen Auflage dagegen erstand neben den schon im römischen Recht gegebenen Zwangsmitteln, Sicherheitsleistung und eventuell obrigkeitlichem Einschreiten, die Möglichkeit, einen Testamentsvollstrecker zur Erzwingung der Auflage aufzustellen, – eine allgemeine Klage auf Erfüllung der Auflage war ausser den schon in den Quellen vorkommenden Fällen noch nicht bekannt[1]).

Im Gegensatz zu dieser Entwicklung des gemeinen Rechtes verhielt sich das preussische Recht vollständig ablehnend gegen jede Erfüllungsklage aus der Auflage und erkannte nur die Rückforderung des Geschenks, bezw. das Einschreiten des Testamentsvollstreckers oder der Obrigkeit, und den Verlust der letztwilligen Zuwendung als Rechtsschutzmittel der Auflage an[2]).

§ 25.

Hier brachte das B. G. B. unter Abweisung der bisherigen Mannigfaltigkeit ziemlich durchgreifende Änderungen.

Vor allem stellte es als primäres Mittel zur Erzwingung der Auflage die Klage auf Erfüllung der Auflage fest: § 525 und § 2194 sprechen von der Möglichkeit, die Vollziehung der Auflage zu verlangen.

Diese Klage ist gerichtet gegen den Bedachten und Auflagebeschwerten, ist gerichtet auf Erfüllung der in der Auflage angeordneten Verpflichtung durch Leistung, also immer auf ein Tun oder Unterlassen des Auflageschuldners; eventuell kann unter den Voraussetzungen

[1]) Eine Besonderheit kannte das österreichische Recht, in welchem das Verlassenschaftsgericht für den Vollzug der Auflage Sorge zu tragen hatte (Ges. v. 9. 8. 1854 § 157. Unger, österr. Priv.-Recht VI S. 85 Note).

[2]) Förster-Eccius I § 38; es war nicht ganz unbestritten. (Dernburg Preuss. Privatrecht I § 93 Note 11.)

des § 256 C. P. O. eine Feststellungsklage erhoben werden.

Die Zwangsvollstreckung ist nur möglich nach den Vorschriften des § 887 ff. C. P. O.: d. h. wenn ein Dritter die Handlung vornehmen kann, kann der Gläubiger ermächtigt werden, die Handlung auf Kosten des Schuldners vorzunehmen, sonst muss eine Geldstrafe festgesetzt werden; dasselbe gilt nach § 890 für den Fall, dass die Auflageleistung in einem Unterlassen besteht.

In diesem Rechtsstreit ist der nach § 2194 Anspruchsberechtigte Prozesspartei mit allen Rechten und Pflichten einer solchen; denn gerade darin, dass er den Prozess wie der materiell Berechtigte führen kann, zeigt sich die ihm übertragene Befugnis, die Vollziehung der Auflage zu verlangen – der Anspruch.[1])

Neben diesem Recht der Klage auf Erfüllung kennt das B. G. B. noch einen Herausgabezwang gegen den Bedachten, der der Auflageverpflichtung nicht nachkommt. Diese Verpflichtung zur Herausgabe ergreift aber nicht, wie im gemeinen Recht, die ganze Zuwendung: – wenn das eintreten sollte, so müsste der darauf gerichtete Wille des Gebers entweder bei der Zuwendung und Auflagesetzung erkennbar geworden sein, oder es müsste bei der Schenkungsauflage ein Widerruf wegen Undankbarkeit möglich gewesen und erklärt worden sein – diese beiden Fälle liegen aber ausserhalb des eigentlichen Rechts der Auflage.

Der in diesem Recht begründete Herausgabeanspruch

[1]) Als sekundäres Recht hat der Kläger im Falle des § 2193 das Recht, den Beschwerten, wenn er zur Vollziehung der Auflage rechtskräftig verurteilt ist, unter Fristsetzung zur Bestimmung des Begünstigten aufzufordern und nach fruchtlosem Ablauf der Frist, den Begünstigten selbst zu benennen. (§ 2193 Abs. 2.) — Die Anspruchsträger sind auch Beteiligte in dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 2193 Abs. 3.

ergreift vielmehr nur die Zuwendung insoweit, als sie zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden müssen und beschränkt auf die noch vorhandene Bereicherung aus dem Nichtvollzug. Er ist, wie sich schon daraus ergibt, nur bei Auflagen mit einer vermögenswerten Leistung gegeben.[1]) Die Voraussetzungen des Anspruchs sind bei Schenkung und letztwilliger Auflage nicht ganz gleichmässig geordnet, was in der teilweisen Verschiedenartigkeit der beiden Rechtsverhältnisse begründet ist.

In beiden Fällen wird aber ein Unterbleiben des Vollzugs der Auflage und ein Verschulden des Schuldners vorausgesetzt: die Herausgabepflicht soll eine Art Strafe für die schuldhafte Verletzung der Auflagepflicht sein. Bei der Schenkung verlangt das Gesetz die Voraussetzungen des Rücktritts bei gegenseitigen Verträgen, also: Verzug und Ablauf einer vom Gläubiger gesetzten Frist, Unmöglichkeit der Leistung aus einem vom Schuldner zu vertretenden Umstande und Ablauf dieser Frist, oder schliesslich rechtskräftige Verurteilung des Schuldners und Fristablauf (§§ 325, 326, 283). Bei der letztwilligen Auflage dagegen wird nur entweder verschuldete Unmöglichkeit der Leistung oder fruchtlose Erschöpfung der Zwangsvollstreckungsmittel nach rechtskräftiger Verurteilung vorausgesetzt.[2])

Diesen Anspruch hat bei der Schenkungsauflage der Schenker; bei der letztwilligen Auflage sind nicht alle die Personen, welche sonst die Vollziehung der

[1]) So richtig die allgemeine Meinung.

[2]) Inwieweit teilweise Unmöglichkeit als Voraussetzung des Anspruchs gilt, kann zweifelhaft sein (vgl. Prot. II 33). M. E. ist sie dann der völligen Unmöglichkeit gleichzustellen, wenn die teilweise Erfüllung für den Auflageberechtigten kein Interesse mehr hat, bezw. nach dem Willen des Erblassers zu schliessen ist, dass auch dieser kein Interesse mehr daran hätte. (§ 280 Abs. 2 mit 325.)

Auflage zu verlangen haben, auch aus § 2196 berechtigt, insbesondere nicht die Testamentsvollstrecker, sondern nur derjenige, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommt; ihm ist der Erbe des Schenkers bei der Schenkungsauflage gleichzustellen.

Das ist dem sonst geltenden Grundsatz im Erbrecht folgerichtig angepasst, dass im Falle der Unwirksamkeit der Zuwendung in dem zunächst Bedachten derjenige die Zuwendung erhalten soll, der nach dem mutmasslichen Willen des Erblassers der nächst Beteiligte ist: hier aber liegt auch eine, – wenigstens teilweise – Unwirksamkeit der Zuwendung vor; ferner mag auch der Gedanke die Bestimmung mit veranlasst haben, dass derjenige, dem der Wegfall des Auflagebeschwerten unmittelbar zu statten kommt, zwar berechtigt ist, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, aber keine Pflicht hat, das zu tun, auch nicht notwendig eine in der Pietät wurzelnde Verpflichtung, wie sie dem Erben und Miterben, die ebenfalls in § 2194 benannt sind, obliegt; denn derjenige, dem der Wegfall des zunächst Beschwerten unmittelbar zu statten kommt, kann ein vorerst ganz Unbeteiligter sein; darum sollte ihm mit der Aussicht auf eventuellen Gewinn aus § 2196 ein Anreiz zur Klage aus der Auflage gegeben werden.

Deshalb aber, weil nur ein „Anspruchsträger“ die Herausgabe verlangen kann, sind die Voraussetzungen der Herausgabeklage anders gegenüber den in § 527 getroffenen Bestimmungen: dem Anspruchsträger gegenüber kann der Schuldner nicht in Verzug kommen: denn der Verzug mit seiner Schadensersatzpflicht und mit seinem Rücktrittsrecht, wenn die verspätete Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr hat, basiert auf dem Vorhandensein eines mit dem vollen Forderungs-

rechte ausgestatteten Gläubigers, dem aus dem verschuldeten Säumen des Schuldners ein Schaden erwächst: ein solcher kann aber dem Anspruchsberechtigten, zu dessen Vermögen der Anspruch gar nicht gehört, nicht erwachsen. Ferner ist die Fristsetzung bei verschuldeter Unmöglichkeit und bei rechtskräftiger Verurteilung eine Verfügung über die Forderung, die dem Anspruchsträger als solchem gar nicht zusteht, sondern nur dem Gläubiger; darum ist diese Befugnis zwar dem Schenker, nicht aber dem nach § 2196 Berechtigten zugesprochen.

In beiden Fällen ist durch die Statuierung der Herausgabepflicht bezüglich des Teilbetrags der Zuwendung, der zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden sollen, ein weitergehender Anspruch ausgeschlossen. Insbesondere gibt es auf Grund des Auflageverhältnisses keinen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung, wie sonst bei den Schuldverhältnissen. Die Motive haben das bezüglich der letztwilligen Auflage ausdrücklich ausgesprochen.[1]) Es folgt aber auch für die Schenkungsauflage[2]) aus der ganzen Art des Verhältnisses zwischen Gläubiger und Schuldner: Der Schenker, der sich, um den andern zu bereichern, eines Vermögensteils entäussert, kann zwar das Recht haben, dem anderen eine Verpflichtung aufzuerlegen, aber er kann nicht das Recht haben, dem anderen, der für Fahrlässigkeit haftet, auf dem Wege des Schadensersatzes mehr abzuverlangen, als er bekommen hat. Der ganze Gedanke der Auflage spricht einem möglichst milden Zwang das Wort: für die Verwirklichung wichtiger Interessen des Gläubigers stehen diesem andere wirksamere Rechtsformen zur Verfügung: jedenfalls ist

[1]) V, 215.

[2]) Wo Cosack einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung annehmen will. Bürgerl. Recht I § 140, I, 5.

dazu das Nebengeschäft einer unentgeltlichen Zuwendung nicht geschaffen worden. In Betracht zu ziehen ist auch noch, dass der Anspruch im schwersten Fall der Verletzung der Auflagepflicht – wenn darin eine grobe Undankbarkeit gegen den Schenker liegt, -- auch noch nicht auf Schadensersatz, sondern nur auf Herausgabe der ganzen Schenkung als ungerechtfertigter Bereichenung geht. Die singuläre Regelung der Folgen der Nichterfüllung der Auflage, in § 527 will alle anderen Rechtsfolgen dieser Nichterfüllung ausschliessen [1]).

Der Anspruch aus § 527 bezw. § 2196 geht auf Herausgabe der Zuwendung, soweit sie zur Vollziehung der Auflage hätte verwendet werden sollen, nach den Regeln über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung. Die Leistung auf diesen Anspruch gebührt bei der Schenkungsauflage dem Schenker: er kann dann das Erhaltene zur Vollziehung der Auflage verwenden, wenn er will und wenn es noch möglich ist; ihm steht über das Erhaltene jedenfalls das unbeschränkte Verfügungsrecht zu, wie ihm ja auch über die Auflageforderung, auf Grund deren er die Leistung erhielt, die freie Verfügung zusteht.

Ähnlich ist die aufgeworfene Frage zu beantworten im Fall des § 2196: hier ist derjenige, an den die Leistung auf Grund der Klage gelangt, zwar nicht der materiell Berechtigte, sondern nur der Anspruchsträger: er kann über das Recht aus der Auflage nicht frei verfügen, aber wenigstens dann, wenn die Auflageerfüllung nicht mehr möglich ist, kann auch von demjenigen, der die Herausgabe aus § 2196 erstritten hat, nicht verlangt werden, dass er die Auflage vollzieht; in diesem Fall behält er das, was er auf Grund des § 2196 erhalten hat, zu seiner Verfügung. – Dass diese Konsequenz

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht II § 210 Note 4.

eintritt, lässt sich dann begreifen. wenn man den Verlust der Zuwendung in dem bezeichneten Umfang als eine Art Strafe für den Auflageverpflichteten ansieht, der der Auflage ungehorsam ist, indem er die Leistung verschuldeter Weise unmöglich werden lässt. Die Zuwendung soll – allerdings nur zum Teil – ihm entzogen werden und demjenigen zufallen, der der nächst Berechtigte zu ihrem Erwerb ist.

Derselbe Gedanke wird dazu führen, auch in dem zweiten Fall des § 2196, wenn die Mittel der Zwangsvollstreckung erschöpft sind, dem Anspruchsträger dasjenige zuzusprechen, was er auf seine Klage hin vom Auflageverpflichteten erhalten hat: wollte man von dem Anspruchsträger verlangen, er solle die ganze Auflage erfüllen, – man könnte diesen Anspruch nur auf eine entsprechende Anwendung des § 2161 stützen – so würde man einmal dann nicht durchdringen, wenn der Kläger, der nur den Anspruch auf Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung hat, nicht genug erhalten hat, um damit die Auflageleistung zu vollziehen; denn dass er das Fehlende aus seiner Tasche darauflegt, wird doch niemand ernstlich verlangen wollen. Aber auch abgesehen von diesen Fällen würde man zu dem Resultat kommen, dass tatsächlich das Gesetz von dem aus § 2194 mit § 2196 Klageberechtigten eine geradezu blinde Uneigennützigkeit verlangt: er soll das Risiko eines Rechtsstreits auf sich nehmen, dessen Kosten er im Falle des Unterliegens zu tragen hat, soll den durch das Verfahren nach § 887 ff. C. P. O. langwierigen Prozess führen, ohne auch nur den geringsten eigenen Vorteil davon zu haben – dazu wird sich im Zweifel niemand hergeben. Das Richtige wird vielmehr sein, anzunehmen, dass auch hier das Strafmoment einer teilweisen Entziehung der Zuwendung und der

Übergang derselben an den zunächst in Betracht kommenden Beteiligten zutreffen.

Dass unter diesen Umständen freilich die Sicherheit einer Auflageverpflichtung keine allzu grosse ist, und dass so dem Willen des Erblassers nicht in dem wünschenswerten Umfang Rechnung getragen wird, mag zugegeben werden — doch muss man darauf hinweisen, dass es dem Erblasser freistand, bessere und wirkungsvollere Mittel zur Durchsetzung seines Willens zu wählen: zudem wird es Sache der Pietät des Klägers sein, dem Erblasser seinen Willen zu tun und ihm wenigstens durch teilweise oder in entsprechender Weise geänderte Leistung der Auflage zu genügen, was man von ihm wohl umso eher erwarten kann, als er schon durch seine Klage den Willen des Erblassers geehrt hat.

Im Konkurs des Auflageverpflichteten ist die Auflageforderung Konkursforderung (K. O. § 226 Abs. 2 Ziff. 5); der Anspruchsträger, wenn er anmeldet, Konkursgläubiger; auf die an ihn ausgezahlte Quote sind die vorher entwickelten Grundsätze anzuwenden [1]).

VII. Haftung.

§ 26.

Aus der Auflage entsteht für den Bedachten der Zuwendung eine Verpflichtung zum Leisten, eine Schuld — dieser Schuld entspricht, da es sich nicht um ein unvollkommenes Schuldverhältnis (eine Naturobligation) handelt, eine Haftung des Schuldners für die Erfüllung der Auflage.

[1]) Dernburg V § 87 lehrt Auszahlung an einen Pfleger, ohne für seine Ansicht im Gesetz eine Stütze zu finden.

Die Frage ist nur, ob diese Haftung das ganze Vermögen des Schuldners trifft, oder nur einen Teil davon ergreift, ob es sich also um eine unbeschränkte (persönliche) Haftung des Schuldners handelt, oder nur um eine beschränkte Haftung, beschränkt auf den Wert dessen, was der Bedachte aus der Zuwendung erhalten hat.

Das Gesetz hat die Frage ausdrücklich beantwortet bei der Behandlung der letztwilligen Auflage: die Auflage ist nach § 1967 Nachlassverbindlichkeit und unterliegt als solche an und für sich den Regeln über die Erbenhaftung: der Erbe kann also durch Einleitung der Nachlassverwaltung, Eröffnung des Nachlasskonkurses oder Vorbehalt im Urteil seine Haftung auf den Nachlass beschränken und kann auch die Unzulänglichkeitseinrede geltend machen: dieses letztere Mittel hat er wenn die Überschuldung nur auf Vermächtnissen und Auflagen beruht, auch dann, wenn die Voraussetzungen des § 1990 (Mangel einer den Kosten der Nachlassverwaltung oder des Nachlasskonkurses entsprechenden Masse) nicht vorliegen (§ 1992). In § 1973 und K. O. § 226 ist auch noch die Regel ausgesprochen, dass die Auflageschuld als Liberalität des Erblassers anderen Nachlassverbindlichkeiten nachstehen soll.

Dies alles gilt für die den Erben treffende Auflage.

Die Geltendmachung der Unzulänglichkeitseinrede steht jedoch nach § 2187 auch dem Vermächtnisnehmer zu, wenn das ihm zugewendete Vermächtnis durch Auflagen und Untervermächtnisse überlastet ist – die beschränkte Haftung ist somit bei der letztwilligen Auflage zum Grundsatz erhoben.

Bei der Schenkungsauflage hat das Gesetz keine so erfreuliche Unzweideutigkeit walten lassen; es ist darum auch schon zur Streitfrage geworden, ob eine

beschränkte oder unbeschränkte Haftung des Beschenkten anzunehmen ist. *Endemann*[1]) nimmt ersteres an, andere entscheiden sich für letzteres.

Zu einem befriedigenden Ergebnis dürften folgende Erwägungen führen.

Die Auflage setzt eine gültige, rechtlich vollständige Schenkung voraus, denn sie ist Nebengeschäft der Schenkung. Zum Wesen der Schenkung gehört aber eine, und zwar dauernde und nicht nur formale Bereicherung des Beschenkten[2]); diese wesentliche Eigenschaft des Grundgeschäftes darf durch die hinzutretende Auflage nicht beeinflusst werden: deshalb sind Auflagen, die nach dem Willen und Wissen des Schenkers und Beschenkten von vornherein den Wert der Zuwendung erschöpfen oder gar übersteigen, schon nach dem Begriff der Auflage und der Schenkung undenkbar – werden derartige Geschäfte abgeschlossen, dann sind sie, auch wenn sie so genannt werden, keine Schenkungen unter Auflage, sondern als solche höchstenfalls Scheingeschäfte, die ein anderes Geschäft verdecken und deshalb nach § 117 Abs. 2 den Regeln eines solchen unterliegen; z. B. eines entgeltlichen Vertrags – das kann aber nur möglich sein, wenn der Beschenkte sich zur Auflageleistung wirklich verpflichtet hat, was nicht notwendig ist.

Stellt sich aber nach Abschluss des Rechtsgeschäftes erst heraus, dass die Auflageleistung von vorneherein der Schenkungsleistung an Wert gleichkommt oder sie übersteigt, dann kann der Auflageverpflichtete zur

[1]) Bürgerl. Recht I S. 1031; Es ist eine Konsequenz der Auffassung der Auflage als Realvertrag; aus dem gleichen Grund hatte Bekker Pand. I § 118 Beil. II: Haftung nicht über die Bereicherung hinaus für die realen Auflagen gelehrt. Der Gedanke ist alt: schon Leyser (meditationes vol. V/VI spec. 435) stellt für die donatio sub modo den Satz auf: lucrum majus est quam onus impositum.

[2]) R. G. 62, 386 ff.

Leistung nicht gezwungen werden, da ja das gewollte Rechtsgeschäft der Schenkung unter Auflage wegen eines wesentlichen Mangels des Grundgeschäfts der Schenkung nicht zu stande kam – dagegen hat der Beschenkte das Geschenk ohne Rechtsgrund, und er muss es deshalb nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung herausgeben. (§ 812 B. G. B.)

Vor diesen Folgen will ihn der Gesetzgeber in einem Fall schützen: wenn ein Mangel im Recht oder ein Mangel der Sache des Geschenks die Ursache davon ist, dass die Zuwendung[1]) an Wert die Höhe der zu machenden Aufwendungen nicht erreicht, dann soll die Rechtsunwirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts nicht geltend gemacht werden können: eine Herausgabepflicht nicht eintreten, sondern der Beschenkte kann das Geschenk behalten und die Auflageleistung verweigern, soweit sie mehr Aufwendung verlangt, als die Zuwendung wert ist, bis der Schenker den Fehlbetrag durch eine Nachleistung ausgeglichen hat: hat aber der Beschenkte ohne Kenntnis des Mangels schon geleistet, dann soll er sogar einen direkten Anspruch auf den Ersatz der Aufwendungen haben, soweit sie den Wert der Zuwendung übersteigen (§ 526).

Diese Vorschrift verbessert also die Stellung des Beschenkten, insbesondere, wenn man in Betracht zieht, dass sie, vor allem bei der Schenkung einer individuellen Sache – nicht von Geld – zu Bedeutung kommt. Er kann die geschenkte Sache (bezw. das geschenkte Recht), die für ihn von ganz besonderem Wert sein

[1]) Zuwendung und Geschenk können an Wert verschieden sein: z. B. wenn A dem B eine Sache schenkt, die er ihm schon vorher verpfändet hatte, ohne dass das Pfandrecht erloschen war: dann ist der Wert der Zuwendung gleich dem Wert der Sache abzüglich des Werts des Pfandrechts, das mit der Schenkung durch Konsolidation erlischt.

können, behalten, und muss nicht die Rechtsunwirksamkeit des ganzen Geschäftes geltend machen und sich damit der Herausgabepflicht nach Bereicherungsgrundsätzen, die in vielen Fällen das ganze Geschenk ergreifen wird, unterwerfen; die Vorschrift lässt das aber nur dann zu, wenn die geschenkte Sache mangelhaft ist oder wenn ihr ein Mangel im Recht anhaftet, ohne Rücksicht darauf, dass der Schenker die Mängel an und für sich gar nicht zu vertreten hat; sie geht aber davon aus, dass auch der Beschenkte eine mangelfreie Leistung vom Schenker erwarten darf, insbesondere, wenn eine Auflage an die Schenkung geknüpft ist, da doch anzunehmen ist, dass eine Schenkung unter Auflage nicht angenommen worden wäre, wenn der Beschenkte den Mangel und das Wertsmissverhältnis gekannt hätte; denn ein rechtsunwirksames Geschäit, das für denjenigen, der einen Erwerb damit erreichen will, immer den Keim einer Herausgabepflicht in sich trägt, wird niemand absichtlich schliessen wollen.

Die Beschränkung der Haftung liegt somit auch im Wesen der Schenkungsauflage begründet, wenn sie auch im Gesetz nicht den klaren Ausdruck gefunden hat, den sie bei der Auflage von Todeswegen fand; dass die Haftungsbeschränkung überhaupt dem Auflageverpflichteten zu gute kommt, ergibt sich aus dem Wesen des ganzen Rechtsinstituts: denn wenn die Auflage ein Ausfluss der Dankespflicht ist, die der Bedachte dem Geber schuldet, dann liegt es in dieser Auffassung an und für sich begründet, dass wenigstens im modernen Recht die Auflagepflicht nicht mehr belasten darf, als die Zuwendung bereichert – sonst verliert die unentgeltliche Zuwendung ihren Charakter als Liberalität: ein allzu grosser Einfluss darf dem Geber einer solchen Zuwendung nicht eingeräumt werden; diese Erwägung

führt schon zu dem Postulat einer solchen Haftungsbeschränkung.

VIII. Schluss.

§ 27.

Das Rechtsinstitut der Auflage hat ein ganz eigenartiges Gepräge: es ist eine Gestaltung, die dazu berufen ist, denjenigen, der einem anderen eine Wohltat antut, davor zu schützen, dass er ganz entrechtet wird, und dass ihm gar keine Gewähr dafür bleibt, dass seine Absichten und die Zwecke, die er mit seiner Wohltat verfolgte, auch Verwirklichung finden: das will ihm die Rechtsordnung ermöglichen, wenn sie ihm das Recht aus der Auflage in die Hand gibt; das Bestreben, dieses Recht in die nötigen Schranken zu weisen und denjenigen, der eine Wohltat erhalten hat, nicht geradezu zum Diener seines Wohltäters zu machen, führten zu einer Reihe von Ausnahmesätzen des Auflagerechts, wie sie sonst in der Privatrechtsordnung nicht sich finden. – Diese aber ermöglichten es wiederum, die Auflage den verschiedensten Zwecken dienstlich zu machen, und so den Bedürfnissen des Auflageberechtigten im weitesten Umfang Rechnung zu tragen.

Alles das ist aber der Auflage bei Schenkungen und der letztwilligen Auflage gemeinsam und deshalb haben wir nach wie vor ein gemeinsames Recht der Auflage.